

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Rubén Magaña Luna

DIRECTORA

Juan Antonio Martínez Muñoz

Madrid, 2016

ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO: JOHN FINNIS

Rubén Magaña Luna

Tesis doctoral

Director: Dr. Juan Antonio Martínez Muñoz.

Facultad de Derecho

Universidad Complutense de Madrid, 2015.

DEDICATORIA

A Dios, por su bondadosa providencia y el invaluable don de la salud.

A Maribel, por su inagotable paciencia, comprensión y amorosa compañía.

Al Dr. Juan Antonio Martínez Muñoz. Supo motivar sin presionar; sugerir sin imponer; orientar sin dictaminar.

Y a la Dra. Angélica Laurent Pavón, quien me mantuvo en jaque hasta el final.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
ABSTRACT	15
APPROACH	15
PROPOSAL	16
DEVELOPMENT	16
CONCLUSIONS	17
KEYWORDS	17
RESUMEN.....	19
REFERENCIA.....	19
PROPUESTA	20
DESARROLLO	20
CONCLUSIONES	21
PALABRAS CLAVE:	22
INTRODUCCIÓN.....	23
Capítulo 1.....	31
LAS INQUIETUDES DE LA JUSTICIA.....	31
1.1. LA INQUIETUD DE LO NECESARIO Y NO MERAMENTE LEGAL	32
1.2. LO MORAL Y LO LEGAL	35
1.3. FILOSOFÍA MORAL	41
1.4. ESENCIA DEL DERECHO.....	43

1.5. EN LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA	44
1.5.1. Legalidad y seguridad jurídica	48
1.5.2. Actividad jurisprudencial y derechos humanos	51
1.6. ¿QUÉ JUSTICIA?	55
1.6.1. Diversas Aceptaciones	57
1.6.2. El concepto de justicia teológico	58
1.6.2.1. <i>El hombre: espíritu encarnado</i>	60
1.6.2.2. <i>Naturaleza del hombre</i>	61
1.6.2.3. <i>La justicia no se da en el fanatismo</i>	64
1.6.3. El concepto de justicia kantiano.....	64
1.6.4. El utilitarismo.....	69
1.6.5. El legalismo kelseniano	70
1.6.6. La justicia que es.....	73
1.6.7. Una justicia social	74
1.7. LA LEY INJUSTA	77
1.8. CONCLUSIÓN	80
Capítulo 2.	83
IUSNATURALISMO vs IUSPOSITIVISMO	83
2.1. RASGOS IDENTIFICATORIOS	83
2.1.1. El Iuspositivismo.....	83
2.1.1.1. <i>Doctrinas positivistas</i>	86
2.1.1.2. <i>Positivismos: lo puesto</i>	87
2.1.2. Positivismos vs moral	88
2.1.3. Positivismos-relativismo	90
2.1.4. La coacción	91
2.2. EL IUSNATURALISMO	93
2.2.1. La ley natural.....	94
2.2.2. Iusnaturalismo y moral.....	97
2.2.3. Iusnaturalismo-objetividad.....	99
2.2.4. Iusnaturalismo: prioridad de la ley natural	100
2.2.5. Iusnaturalismo y la ley injusta	100
2.2.6. Finnis y la ley injusta	102
2.2.7. El iusnaturalismo y la ley positiva	103
2.3. IUSNATURALISMO VS IUSPOSITIVISMO	104

2.3.1. Los puntos del contraste	108
2.3.2. Los puntos de coincidencia	111
2.3.2.1. <i>La búsqueda de la esencia del derecho</i>	112
2.3.2.2. <i>Coincidencia en la positividad</i>	112
2.3.2.3. <i>Acercamientos conceptuales</i>	113
2.4. LA VUELTA AL IUSNATURALISMO EN LA ÉPOCA MODERNA	119
2.5. TRANSFONDO CONCEPTUAL	120
2.5.1. Concepciones antropológicas	120
2.5.2. Concepción antropológica del positivismo	121
2.5.3. Concepción antropológica del iusnaturalismo	124
2.6. DESAROLLO DEL DERECHO NATURAL	126
2.6.1. En el mundo grecorromano	127
2.6.1.1. <i>Presocráticos</i>	127
2.6.1.2. <i>Sófocles</i>	127
2.6.1.3. <i>Sofistas</i>	128
2.6.1.4. <i>Sócrates</i>	130
2.6.1.5. <i>Platón</i>	130
2.6.1.6. <i>Atistóteles</i>	133
2.6.1.7. <i>El Estoicismo</i>	136
2.6.1.8. <i>Derecho Romano Clásico</i>	139
2.6.2. San Agustín	139
2.6.3. Santo Tomás de Aquino	140
2.6.3.1. <i>La ley producto de la razón</i>	141
2.6.3.2. <i>La ley eterna</i>	141
2.6.3.3. <i>La ley natural</i>	141
2.6.3.3.1. Análisis del acto humano	142
2.6.3.3.2. La naturaleza no como entidad física	144
2.6.3.4. <i>La ley positiva</i>	147
2.6.4. La escolástica postomista:	148
2.6.4.1. <i>Juan Duns Scoto (1270-1308)</i>	148
2.6.4.2. <i>Guillermo de Ockham (1290-1349)</i>	150
2.6.4.3. <i>Gregorio de Rimini (1300-1358)</i>	151
2.6.4.4. <i>Los escolásticos españoles</i>	151
2.6.4.4.1. Francisco de Vitoria (1492-1546)	151
2.6.4.4.2. Gabriel Vázquez (1549-1604)	151
2.6.4.4.3. Francisco Suárez: (1548-1617)	152
2.6.5. El derecho natural racionalista:	153
2.6.5.1. <i>Tomás Hobbes (1588-1679)</i>	154
2.6.5.2. <i>Hugo Grocio (1583-1645)</i>	155
2.6.5.3. <i>Samuel Pufendorf (1632-1694)</i>	156
2.6.5.4. <i>Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)</i>	158

2.6.6. Época actual	159
2.7. EVOLUCIÓN DEL IUSPOSITIVISMO	162
2.7.1. Cristián Tomasio (1655-1728)	163
2.7.2. Emanuel Kant (1724-1804)	164
2.7.3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)	166
2.7.4. Rodolfo Von Jhering (1818-1892)	167
2.7.5. Hans Kelsen (1881-1973)	168
2.8. RECAPITULACIÓN	171
Capítulo 3.	173
JOHN FINNIS Y SU <i>NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS</i>	173
3.1. FINNIS, EL NEOIUSNATURALISTA	173
3.1.1. Trayectoria académica	175
3.1.2. Finnis, el filósofo de sólidas convicciones morales	177
3.2. ¿IUSPOSITIVISTA O IUSNATURALISTA?	177
3.3. PERSPECTIVA ANALÍTICA DE FINNIS	180
3.3.1. La filosofía analítica	181
3.3.2. Teoría analítica del derecho	185
3.3.3. La teoría analítica del derecho es de ambientación positivista	187
3.3.4. Finnis ante su estructura analítica	188
3.4. FINNIS, EL TOMISTA:	189
3.5. TEORÍA FINNISIANA DE LA LEY NATURAL	190
3.5.1. El objeto de la ciencia del derecho y/o “Caso Central”	192
3.5.1.1. <i>El punto de vista práctico</i>	195
3.5.1.1.1. La moral: el caso central del punto de vista interno	196
3.5.1.1.2. El hombre sabio	197
3.5.1.2. <i>La realidad significada</i>	199
3.5.2. Críticas a las críticas de la ley natural	200
3.5.2.1. <i>Contra Raz y Kelsen</i>	202
3.5.2.2. <i>Contra Hart</i>	203
3.5.2.3. <i>Contra la objeción de que el “ought” deriva del “is”</i>	205
3.5.2.3.1. Contextuización de la objeción humeana	207
3.5.2.3.2. Grocio, Suárez y Vázquez	209
3.5.2.3.3. Coincidencias y Desaveniencias	210
3.5.3. Las Formas básicas	211

3.5.3.1. <i>Las Formas básicas no se derivan de la “naturaleza”</i>	212
3.5.3.2. <i>Objetividad de los valores</i>	214
3.5.3.2.1. <i>Contra el escepticismo</i>	215
3.5.3.2.2. <i>El argumento de la objetividad</i>	216
3.5.3.3. <i>El bien básico del Conocimiento</i>	217
3.5.3.3.1. <i>La evidencia del conocimiento</i>	219
3.5.3.4. <i>Los otros bienes básicos</i>	220
3.5.3.5. <i>La lista de las formas básicas de bien</i>	223
3.5.3.6. <i>Características de las formas básicas de bien</i>	224
3.5.3.6.1. <i>Las formas básicas de bien son evidentes</i>	224
3.5.3.6.2. <i>Las formas básicas de bien son todas igualmente importantes: no hay jerarquía</i>	225
3.5.3.6.3. <i>La forma básica escogida es prioritaria</i>	226
3.5.3.6.4. <i>El placer no es una forma básica</i>	227
3.5.3.7. <i>Las formas básicas de bien, la Ley Natural y la libertad</i>	227
3.5.3.8. <i>Los principios de la razón práctica</i>	228
3.5.3.9. <i>Las exigencias de la razonabilidad práctica</i>	230
3.5.3.9.1. <i>Plan de vida coherente (opción de vida)</i>	231
3.5.3.9.2. <i>Igualdad de valor</i>	232
3.5.3.9.3. <i>Igualmente (potencialmente) realizables por cualquier persona</i>	232
3.5.3.9.4. <i>Imparcialidad o no absolutización de ninguna forma básica</i>	233
3.5.3.9.5. <i>Fidelidad o compromiso con la opción de vida</i>	234
3.5.3.9.6. <i>Eficiencia</i>	234
3.5.3.9.6.1. <i>Invalidez de la teoría consecuencialista</i>	234
3.5.3.9.6.2. <i>Prohibición de realizar cualquier acto que dañe a otra forma básica</i>	236
3.5.3.9.7. <i>Compromiso con el bien común</i>	239
3.5.3.9.8. <i>Obedecer a la propia conciencia</i>	239
3.5.4. <i>La comunidad completa</i>	240
3.5.4.1. <i>¿Qué es “la comunidad”?</i>	240
3.5.4.2. <i>El comunitarismo</i>	243
3.5.4.3. <i>Los límites de la familia</i>	244
3.5.4.4. <i>La Subsidiariedad</i>	244
3.5.4.5. <i>El Estado</i>	245
3.5.5. <i>El bien común</i>	249
3.5.6. <i>La Justicia</i>	250
3.5.6.1. <i>Concepto</i>	250
3.5.6.2. <i>Clases de Justicia</i>	251
3.5.6.2.1. <i>Justicia General</i>	251
3.5.6.2.2. <i>Justicia Distributiva:</i>	252
3.5.6.2.3. <i>La propiedad privada</i>	253
3.5.6.3. <i>Criterios de justicia distributiva</i>	255
3.5.6.3.1. <i>Justicia conmutativa</i>	257
3.5.6.3.1.1. <i>El modelo del Cardenal Cayetano</i>	258
3.5.6.3.1.2. <i>La justicia distributiva no es exclusiva del Estado</i>	259

3.5.7. Derechos Naturales	261
3.5.7.1. <i>Análisis del lenguaje de los derechos</i>	261
3.5.7.2. <i>Qué es lo que hace que exista un derecho</i>	262
3.5.7.3. <i>Análisis lingüístico del término “ius”</i>	263
3.5.8. Los derechos humanos	266
3.5.8.1. <i>Declaración Universal de derechos humanos</i>	267
3.5.8.2. <i>Los Bills of rights y el bien común</i>	268
3.5.8.3. <i>La moral y el orden público</i>	269
3.5.8.4. <i>La especificación de los derechos humanos</i>	271
3.5.8.5. <i>¿Imposición de los derechos en la diversidad cultural?</i>	273
3.5.8.6. <i>Derechos humanos absolutos</i>	275
3.5.9. La autoridad	277
3.5.9.1. <i>Necesidad de la autoridad</i>	277
3.5.9.2. <i>La autoridad tiene razón en función del bien común</i>	278
3.5.9.3. <i>La autoridad y el principio de subsidiariedad</i>	279
3.5.9.4. <i>Diversos significados de autoridad</i>	279
3.5.9.5. <i>La formación de la costumbre</i>	280
3.5.9.5.1. <i>Concepto de costumbre</i>	281
3.5.9.5.2. <i>Paradoja de la opinio iuris</i>	281
3.5.9.5.3. <i>El principio metajurídico</i>	283
3.5.9.6. <i>El origen y fundamento de la Autoridad</i>	284
3.5.9.7. <i>La legitimidad de la autoridad</i>	285
3.5.9.8. <i>La legitimidad radica en la racionalidad práctica</i>	286
3.5.10. La Coacción	288
3.5.10.1. <i>La Coacción es exigida por la justicia</i>	288
3.5.10.2. <i>No toda coacción es sanción o castigo</i>	289
3.5.11. Características formales del Derecho	290
3.5.11.1. <i>La coacción no es característica esencial</i>	290
3.5.11.2. <i>Lo que distingue al derecho de otros sistemas normativos</i>	291
3.5.12. El imperio del Derecho	293
3.5.13. El abuso del imperio del Derecho	294
3.5.14. Definición descriptiva de Derecho	295
3.5.15. El Derecho positivo	297
3.5.15.1. <i>Tarea del legislador</i>	299
3.5.15.2. <i>Los principios del derecho</i>	301
3.5.15.3. <i>Vía conclusión y vía determinación: entreveradas</i>	303
3.5.15.4. <i>Valoración del derecho positivo</i>	304
3.5.16. La obligación	304
3.5.16.1. <i>La obligación en la promesa</i>	305
3.5.16.1.1. <i>La promesa obliga porque es la práctica común (explicación de primer nivel)</i>	306
3.5.16.1.2. <i>La promesa obliga por la presión social (explicación de segundo nivel)</i>	306

3.5.16.1.3. La promesa obliga por razón del bien común (explicación de tercer nivel)	307
3.5.16.2. <i>La variabilidad de la obligación promisoria</i>	309
3.5.16.3. <i>La invariabilidad de la obligación jurídica</i>	309
3.5.16.4. <i>La especificidad de la obligación jurídica</i>	310
3.5.16.5. <i>Obligación jurídica y obligación moral</i>	313
3.5.16.6. <i>La ley meramente penal</i>	314
3.5.16.6.1. La ley meramente penal, según los juristas	314
3.5.16.6.2. La ley meramente penal, según los moralistas	316
3.5.16.6.3. La ley meramente penal es superflua	319
3.5.16.7. <i>La voluntad del legislador no es fuente de la obligación</i> ..	320
3.5.16.8. <i>Tomás de Aquino vs Suárez: el acto humano</i>	322
3.5.17. La ley injusta	325
3.5.17.1. <i>Tipos de injusticia en la ley</i>	325
3.5.17.2. <i>Diversos sentidos de la obligación de obedecer la ley injusta</i>	326
3.5.17.2.1. Sanción ante la inobservancia de la ley	327
3.5.17.2.2. Obligación jurídica de cumplir la ley	327
3.5.17.2.3. Obligación moral de cumplir la ley	328
3.5.17.2.4. Obligación de cumplir la ley derivada de fuente colateral	330
3.5.17.3. <i>La ley injusta no es ley</i>	330
3.5.18. La Transcendencia	331
3.5.18.1. <i>La existencia de la causa incausada</i>	334
3.5.18.2. <i>La naturaleza de la causa incausada</i>	336
3.5.18.3. <i>La ley eterna</i>	337
3.5.18.4. <i>La revelación</i>	338
3.5.18.5. <i>La Ley Natural</i>	339
3.5.18.6. <i>El fundamento trascendente</i>	340
3.6. CONSIDERACIÓN PERSONAL	342
Capítulo 4.	345
INTERPRETACIONES FAVORABLES Y DESFAVORABLES DE LA TEORÍA FINNISIANA	345
4.1. PROPÓSITO DEL CAPÍTULO	345
4.2. LA TEORÍA FINNISIANA EN BREVE	345
4.3. . AUTORES QUE DEFIENDEN LA TEORÍA FINNISIANA	346
4.3.1. Santiago Legarre	346
4.3.1.1. <i>Exposición</i>	346
4.3.1.2. <i>Comentario a la exposición de Legarre</i>	352
4.3.2. Cristóbal Orrego Sánchez	352

4.3.2.1. <i>Exposición</i>	353
4.3.2.2. <i>Comentario a la exposición de Orrego</i>	359
4.3.3. Carlos I. Massini Correas	360
4.3.3.1. <i>Exposición</i>	361
4.3.3.2. <i>Comentario a la exposición de Massini</i>	365
4.3.4. Michael Payne	366
4.3.4.1. <i>Exposición</i>	366
4.3.4.2. <i>Comentario a la exposición de Payne</i>	371
4.3.5. Javier Saldaña Serrano	372
4.3.5.1. <i>Exposición</i>	372
4.3.5.2. <i>Comentario a la exposición de Javier Saldaña</i>	375
4.3.6. Robert P. George	375
4.3.6.1. <i>Exposición</i>	375
4.3.6.2. <i>Comentario a la exposición de Robert P. George</i>	378
4.4. AUTORES QUE CRITICAN LA TEORÍA FINNISIANA	379
4.4.1. Nathanael Blake	379
4.4.1.1. <i>Exposición</i>	379
4.4.1.2. <i>Teoría de Finnis</i>	380
4.4.1.3. <i>Critica a la Teoría de Finnis</i>	382
4.4.1.4. <i>Comentario a la Exposición de Nathanael Blake</i>	386
4.4.2. Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz	388
4.4.2.1. <i>Exposición</i>	388
4.4.2.2. <i>Teoría de Finnis</i>	389
4.4.2.3. <i>Critica a la Teoría de Finnis</i>	394
4.4.2.4. <i>Comentario a la Exposición de Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz</i>	398
4.4.3. Jeremy Shearmur	400
4.4.3.1. <i>Exposición</i>	400
4.4.3.2. <i>Critica a la Teoría de Finnis</i>	402
4.4.3.3. <i>Comentario a la Exposición de Jeremy Shearmur</i>	404
4.4.4. B.C. Nirmal	405
4.4.4.1. <i>Exposición</i>	405
4.4.4.2. <i>Teoría de Finnis</i>	405
4.4.4.3. <i>Critica a la Teoría de Finnis</i>	414
4.4.4.4. <i>Comentario a la Exposición de B.C. Nirmal</i>	418
4.4.5. Alex E. Wallin	419
4.4.5.1. <i>Exposición</i>	420
4.4.5.2. <i>Teoría de Finnis</i>	420
4.4.5.3. <i>Critica a la Teoría de Finnis</i>	422
4.4.5.4. <i>Comentario a la exposición de Alex E. Wallin</i>	426
4.5. COMENTARIO FINAL	427

Capítulo 5.....	429
FORMULACIÓN PERSONAL INTERPRETATIVA DE LA TEORÍA FINNISIANA	429
5.1. EL PUNTO DE PARTIDA POSITIVISTA	429
5.2. ESPECIFICIDAD DE LA LEY JURÍDICA	432
5.3. DIFERENCIAS DE LA LEY JURÍDICA CON OTRAS EXPRESIONES SIGNIFICANTES DE UNA OBLIGACIÓN	434
5.3.1. Diferencias con las normas sociales	436
5.3.2. Diferencias con las reglas de un grupo intermedio	437
5.3.3. Diferencias con las reglas y/o leyes morales.....	440
5.3.3.1. <i>La Obligación</i>	440
5.3.3.2. <i>La Obligación en la ley moral</i>	441
5.3.3.3. <i>La Sanción legal</i>	443
5.3.3.4. <i>Leyes incompletas</i>	446
5.3.3.5. <i>Leyes incompletas-Soluciones no adecuadas</i>	449
5.3.3.6. <i>Leyes incompletas: conciencia de ello</i>	451
5.3.4. Ley positiva-ley moral.....	453
5.3.4.1. <i>Ley positiva-ley moral: ejecución de la sanción</i>	456
5.3.5. La ley moral es racional	457
5.3.6. Los bienes básicos	458
5.3.7. El deber no deriva del ser	459
5.3.8. Ley Natural.....	460
5.3.8.1. <i>Naturaleza objeto y naturaleza sujeto</i>	461
5.3.8.2. <i>Naturaleza racional</i>	463
5.3.9. Ley moral-Ley natural.....	463
5.3.10. Ley moral-norma religiosa	465
5.3.10.1. <i>Ley moral y arreligiosidad</i>	469
5.3.10.2. <i>Lo religioso y lo moral</i>	470
5.3.11. Progresividad en el conocimiento de la ley natural.....	472
5.4. CLAVE DE REFERENCIA PARA DISCERNIR EL BIEN	473
5.4.1. Inmutabilidad de la ley natural.....	474
5.4.2. Accesibilidad a la ley natural	476
5.5. FUENTES DE LA LEY POSITIVA.....	476
5.5.1. Disidencia	477
5.5.2. La Ley injusta	478
5.5.2.1. <i>Elementos de la ley injusta</i>	479
5.5.2.2. <i>Ley injusta y justicia</i>	481

5.5.3. El devenir del mundo sin sentido de la justicia.....	481
5.5.3.1. <i>Ni liberalismo ni estatismo absolutos</i>	487
5.5.3.2. <i>La justicia</i>	487
5.5.3.3. <i>La justicia no se agota en la ley positiva</i>	489
5.5.3.4. <i>Especies de justicia</i>	491
5.5.3.5. <i>El bien común</i>	492
5.5.3.6. <i>Los derechos fundamentales</i>	494
5.5.3.7. <i>Derechos humanos en particular</i>	496
5.6. DIVERSIDAD CULTURAL	499
5.7. ¿QUÉ ES EL DERECHO?.....	500
CONCLUSIONES	503
BIBLIOGRAFÍA	513

ABSTRACT

TITLE: Between positivism and natural law: John Finnis

APPROACH

John Finnis, who was born in Australia, culminated his studies and became a professor at Oxford. He became familiar with the analytic philosophy that was pervasive in the intellectual and academic milieu of the English speaking countries during the second half of the Twentieth Century. In the quest to find a sounder basis for natural rights within the positivist conception, L.H.A. Hart asked Finnis to write on natural law and natural rights. Finnis had written his doctoral thesis under Hart's guidance. After ten years had gone by, Finnis published his book, *Natural Law and Natural Rights* in 1980. This was a dense work, directed mainly to law scholars who already perceived the insufficiency of legal positivism but who, however, still considered that jus naturalist theories lacked the resources to validly explain the law. In *Natural Law and Natural Rights*, Finnis demonstrates the opposite: that the adequate response lies precisely in jus naturalism, but in a jus naturalism that is deeply rooted in the doctrine of Saint Thomas Aquinas, and not in the sometimes arbitrary scholastic interpretations and conceptions of his doctrine.

Finnis begins his analysis, as all his contemporaries did, from a positivist perspective, and makes the laws in force the object of his inquiry. However, he finds that neither sanctions, nor social pressure, nor customs nor other motives claimed by positivism constitute sufficient reasons for a person to comply with and adhere to the law. The only reason that fully explains compliance with the law is its implied rationality by reason of the common good. In analyzing this rationality, Finnis first establishes that there are goods that are evident, in the sense that these do not require any ulterior or more fundamental proof; which reason demands should materialize for personal self-realization. These basic goods (basic forms In Finnisian terminology) are: life, knowledge, play, friendship, the aesthetic experience, practical reasonableness and religion.

Finnis then asserts that each individual chooses one of these basic goods as his or her life goal. Consequently, all of one's life decisions shall be shaped by the life option each person has chosen. There is no primacy of one basic form over another. There is no value hierarchy. Priority is determined by the individual when opting for one of them.

Consequently, and as the third structural item of the Finnisian theory, are the characteristics of these basic goods: none is superior to the others and all can be potentially pursued by everyone, one must not engage in acts that directly harm the other basic goods, each is incommensurate, and one must be constant and effective in pursuing one's own life plan.

But man cannot evolve – and pursue his life plan – in isolation. Man is a social being and therefore the community is essential for him, and ultimately the whole community which is the State. Coordination problems necessarily arise between the members of the State. These problems can only be resolved, either by unanimous determination, which is currently impossible, or by a determination of an authority. Being the last one, the law.

The law imposed by the authority is positive law within the meaning given by the positivists. But it is also a moral-natural-law (Finnis prefers to call it rational) because its *raison d'être* is the common good, a *sine qua non* condition for the individual's realization.

The foregoing provided Finnis with the argumentative tools to demolish relativistic theories and utilitarianism-consequentialism, while simultaneously setting himself aside from the *jus naturalism* that derived the "ought" from the "is". Moreover, he distanced himself from all the "caricatures" of *jus naturalist* theories espoused by positivists in criticizing *jus naturalism*.

The foundation of human rights, as that of any other right, lies in rationality. Finnis nevertheless approves the modern language of Bills of Rights. Not only does he states that they adequately express the principles of natural law but also positive laws foster security and provide certainty as to how to act at a given moment and in the various circumstances in society. Therefore Finnis is indeed a *jus naturalist*, albeit at the same time a staunch defender of positive law.

PROPOSAL

The purpose of this work is to determine whether Finnis's New Theory of Natural Law is capable of overcoming the criticism leveled at *jus naturalism* by positivists, and whether it can also surmount the misgivings some of the *jus naturalists* have expressed in regard to the Finnisian proposal. In other words, to determine whether Finnis is a positivist *jus naturalist* or a *jus naturalist* positivist; and finally, whether the opposition between these two standpoints can or cannot be overcome.

DEVELOPMENT

My interest in this topic arises from the concern for justice that can be perceived and felt in the current historical circumstances in which we find ourselves. Frequently the exercise of rights becomes a banner to wield power to the detriment of the rights of others. Moreover, mere legality does not, oftentimes, suffice to meet the demands for justice. Furthermore and for example, many times it is bitterly felt that even if legal, a judgment may be unjust.

Throughout history, there has been a search to define the limits of the law and its essence. During the time during which the Western Church exercised exclusive cultural control, the law was associated with the Church and natural law was, not in the opinion of all theoreticians, but according to the common view,

considered to emanate from religion. With the Renaissance, the Enlightenment and the modern age, ideological pluralism became the prevailing feature, and law philosophers sought to isolate the law from such fluctuating ideologies and reduce it to the one common element found in all norms: the sanction.

With the traumatic experience of the Nazi regime, gazes focused again their attention on the dust-laden natural law. This gave rise to inquiries and opinions regarding a law that had been imposed by a regime that espoused racial supremacy and which, as a consequence, cancelled the rights of others.

However, the issue of moral subjectivity continued to be, for many law scholars, the unbridgeable abyss in the road to jus naturalism, and the conviction continued to prevail that legal certainty is preferable to moral evaluation. Nevertheless, the disquisitions of many of the representatives of modern positivism reflect the need for something else, other than the mere will of the legislature as the formal creative source of the law.

Finnis, who had been schooled in a positivist environment, developed the tools to provide an adequate answer to these concerns regarding the essence and foundations of the law.

CONCLUSIONS

Finnisian theory does not require for the “ought” to derive from the “is”. It is a jus naturalist theory without the need of being metaphysical. It is jus naturalist because it holds that natural law (moral law) is found –either by way of conclusion or by way of determination- in positive law, and it is jus naturalist because it establishes that all positive law must pursue as its goal, the common good.

Finnisian theory is positivist in the sense that it arises from the law and from the perspective of an “internal point of view”; that is to say, from the point of view which assumes that such perspective compels compliance with positive law. It is a positivist theory because it holds that the legislature has complete freedom to establish the determination it deems most appropriate to resolve issues of coordination. The legislature is not subject to any condition or determination imposed by natural law, and it is jus positivist because it upholds compliance with the law, even if the law is unjust, when non-compliance with the same would result in more harm than good to the legal system of a community; and because it asserts that an unjust law is the law, provided it has been issued by the body authorized to enact it..

Finnisian theory is, ultimately, the reloaded version of the jus naturalist theory expounded by Saint Thomas Aquinas, presented in modern guise.

KEYWORDS

Rationality (operation of understanding and comprehending the truth);
Practical reason (operation of apprehending truth as a good, and of driving the will

towards its realization); **Basic forms of goods** (the seven goods listed by Finnis which he propounds as being evident); **Basic principles of rationality** (the imperative formulation for the realization of the basic forms of good); **Moral-Rationality** (everything that according to reason is good; that which is not, is bad); **Natural Law** (the same as rationality, and hence, as moral). **Positive law** (the provision created by a state body authorized to do so, which seeks to solve a coordination issue). **Common good** (the proper environment, created by the actions of the authorities and the individuals, which allows all members of a community to flourish); **Law** (Normative system of general laws enacted by the competent authority of a state providing for the resolution of coordination issues and decisions in the event of conflict by legally established courts). **Obligation** (the reason that excludes any other motive to undertake an ordered conduct). **Authority** (the entity recognized by the members of a group as authorized to provide solutions on issues of coordination); **God** (the uncaused cause; the ultimate foundation of natural law).

RESUMEN

REFERENCIA

John Finnis, de origen australiano; culminó su formación académica y se desempeñó como profesor en Oxford. Absorbió la filosofía analítica, vigente en el ambiente intelectual y universitario del mundo anglosajón en la segunda mitad del siglo XX. Ante la inquietud de encontrar un fundamento más sólido a los derechos naturales, dentro de la concepción positivista, L.H.A Hart pidió a Finnis que escribiera sobre la ley natural y los derechos naturales. Finnis había realizado su tesis doctoral bajo la dirección de Hart. Después de diez años, en 1980, Finnis publica *Natural Law and Natural Rights*. Es una obra densa, dirigida principalmente a los teóricos del derecho que ya percibían la insuficiencia del iuspositivismo pero que seguían considerando que las teorías iusnaturalistas carecían de recursos para explicar válidamente el derecho. En *Natural Law and Natural Rights*, Finnis demuestra lo contrario: que la respuesta adecuada está precisamente en el iusnaturalismo, pero en un iusnaturalismo que ahonda sus raíces en la doctrina de Tomás de Aquino, y no en las concepciones e interpretaciones, a veces, arbitrarias que la escolástica hizo de él.

Finnis parte, como lo hacen todos sus contemporáneos, de una perspectiva positivista. Determina a las leyes vigentes como el objeto de su estudio. Pero descubre que ni la sanción, ni la presión social, ni la costumbre u otros motivos aducidos por el positivismo son razones suficientes para que una persona cumpla y observe las disposiciones legales. Lo único que explica cabalmente el cumplimiento de una ley es la racionalidad que ésta implica en razón del bien común. En el análisis de esa racionalidad, Finnis establece: primero, que hay bienes evidentes, en el sentido de que no requieren de ninguna comprobación adicional o más fundamental; que la razón exige que sean actualizados para que la persona se realice. Esos bienes fundamentales (formas básicas en la terminología finnisiana) son: la vida, el conocimiento, el juego, la amistad, la experiencia estética, la razonabilidad práctica y la religión.

Lo segundo que Finnis afirma, es que cada uno escoge, como proyecto de vida, uno de estos bienes. Por lo tanto, todas las decisiones en la vida estarán conformadas por esa opción de vida que cada uno ha escogido. No existe primacía de una forma básica sobre otra. No hay jerarquía de valores. La prioridad la da el sujeto, al optar por una de ellas.

En consecuencia, y como tercer punto estructural en la teoría finnisiana, están las características de estas formas básicas de bien: ninguna es superior a las otras; todas son potencialmente realizables por cualquiera, no hay que realizar ningún acto que dañe directamente a otra de las formas básicas, son incommensurables cada una de ellas, hay que ser constantes y eficaces en la realización del propio proyecto de vida.

Pero el hombre no se puede desarrollar –realizar su proyecto de vida- aislado. El hombre es un ser social y, por lo tanto, le es indispensable la comunidad y, finalmente, la comunidad completa, que es el Estado.

En el Estado se dan necesariamente problemas de coordinación entre los miembros del mismo. Estos problemas sólo pueden ser solucionados o por una determinación unánime, que es actualmente imposible; o por una determinación que tome la autoridad. Esta última es la ley.

La ley puesta por la autoridad, es ley positiva en el sentido dado por los positivistas. Pero también es una ley-moral-natural (racional, prefiere llamarla Finnis), porque su razón de ser es el bien común, condición *sine qua non* para la realización de la persona.

Con lo anterior, Finnis tiene las herramientas para destrozarse argumentativamente las teorías relativistas, el utilitarismo-consecuencialismo y deslindarse, a la vez, de los iusnaturalismos que hacen derivar el “ought” del “is”. Además, se aparta de todas las “caricaturas” de las teorías iusnaturalistas que los positivistas han tenido en cuenta para criticar al iusnaturalismo.

El fundamento de los derechos humanos, como el de cualquier otro derecho, está en la racionalidad. Finnis, sin embargo, aprueba el lenguaje moderno de los “*Bills of Rights*”. Señala que expresan adecuadamente los principios de la ley natural.

Y como estos derechos humanos de las Declaraciones, así también las leyes positivas favorecen la seguridad y dan certeza de cómo se debe actuar en cada momento y antes las diversas circunstancias en una sociedad.

Por eso, Finnis es, sí un iusnaturalista, pero a la vez, un enérgico defensor de las leyes positivas.

PROPUESTA

El objetivo de este trabajo es determinar si la *New Theory of Natural Law* de Finnis consigue salvar al iusnaturalismo de las críticas que le han hecho los positivistas; y si logra, igualmente, salvar las desconfianzas que algunos iusnaturalistas han visto en la propuesta finnisiana. En otras palabras, si Finnis es un iusnaturalista positivista o un positivista iusnaturalista. Y, finalmente, si la oposición entre estas dos posturas es salvable o insalvable.

DESARROLLO

El interés del tema surge de la inquietud que se siente y percibe de justicia en las actuales circunstancias históricas que estamos viviendo. Con frecuencia el ejercicio de los derechos se convierte en una bandera de poder, a costa de los derechos de los demás. Así mismo, la pura legalidad no alcanza, muchas veces, a

satisfacer las peticiones de justicia. Incluso, queda la amargura de que siendo legal, por ejemplo, una sentencia, es injusta.

A lo largo de la historia se ha buscado dar solución a los límites del derecho y encontrar la esencia del mismo. En las épocas en que, en Occidente, la exclusividad cultural la tenía la Iglesia, el derecho fue asociado a la misma, y la ley natural, no en la ideas de todos los teóricos, pero sí en el sentir común, se consideró emanada de la religión. Con el renacimiento, iluminismo y edad moderna, en el que el pluralismo ideológico es el rasgo predominante, los filósofos del derecho buscaron aislar al derecho de los vaivenes de esas ideologías y reducirlo al elemento común que encontraron en todas las normas: la sanción.

Con la experiencia traumática del régimen nazi, las miradas se volvieron al empolvado derecho natural. De él se sacaron interrogantes y señalamientos al derecho impuesto por un régimen que pretendía la preponderancia racial y que, consecuentemente, anulaba los derechos de los otros pueblos.

El problema, sin embargo, de la subjetividad moral siguió siendo, para muchos teóricos del derecho, el abismo impasable hacia el iusnaturalismo. Y siguió prevaleciendo la convicción de que la seguridad jurídica es preferible a la valoración moral. No obstante ello, en las reflexiones de muchos representantes del positivismo moderno se manifiesta la necesidad de algo más que no sea la pura voluntad del legislador, ni su fuente creativa formal.

Finnis, formado en un ambiente positivista, cuenta con las herramientas para dar respuesta adecuada a esas inquietudes sobre la esencia y fundamentación del derecho.

CONCLUSIONES

La teoría finnisiana no necesita derivar el “ought” del “is”. Es una teoría iusnaturalista sin necesidad de ser metafísica.

La teoría finnisiana es positivista en el sentido que parte de las leyes y desde la perspectiva del “punto de vista interno”. Esto es, de aquel que asume que está obliga a cumplir las leyes positivas.

La teoría finnisiana es iusnaturalista porque sostiene que la ley natural (ley moral) está de una u otra forma –sea vía conclusión sea vía determinación- en la ley positiva.

La teoría finnisiana es una teoría positivista porque sostiene que el legislador tiene toda la libertad para establecer la determinación que considere más adecuada para dar solución a un problema de coordinación. El legislador no está condicionado, ni menos determinado por la ley natural.

La teoría finnisiana es iusnaturalista porque establece que toda ley positiva tiene que tener como fin el bien común.

La teoría finnisiana es iuspositivista porque defiende la observancia de la ley, incluso de la ley injusta, cuando el incumplimiento de la misma traería más daños que beneficios al sistema jurídico en una comunidad. Y porque afirma que la ley injusta es ley, siempre que haya sido emanada por el órgano competente para ello.

La teoría finnisiana es, en definitiva, la versión recargada y presentada con un lenguaje moderno, de la teoría clásica iusnaturalista expuesta por Tomás de Aquino.

PALABRAS CLAVE:

Racionalidad: operación de entender y comprender la verdad.

Razón práctica: operación de aprehender la verdad como bien, y de impulsar a la voluntad a realizarlo.

Formas básicas de bien: los siete bienes enumerados por Finnis y que expone como evidentes.

Principios básicos de la racionalidad: la formulación imperativa de realización de las formas básicas de bien.

Moral-Racionalidad: todo lo que es conforme a la razón es bueno; lo que no, es malo.

Ley natural: es lo mismo que racionalidad y, por tanto, que moral.

Ley positiva: la disposición creada por un órgano estatal, facultado para ello, que pretende resolver un problema de coordinación.

Bien Común: el ambiente adecuado, creado por las actuaciones de autoridad y privados, para lograr la realización (flourishing) de todas los integrantes de una comunidad.

Derecho: Sistema normativo de leyes generales emanadas por la autoridad competente en un estado que prevé soluciones de coordinación y decisiones, para el caso de conflicto, mediante tribunales legalmente instituidos.

Obligación: la razón excluyente de cualquier otro motivo para realizar una conducta ordenada.

Autoridad: a quien por reconocimiento de los miembros de un grupo le reconocen facultades para dar soluciones a sus problemas de coordinación.

Dios: la causa incausada. Último fundamento de la ley natural.

INTRODUCCIÓN

Los derechos naturales o derechos humanos constituyen un punto de coincidencia dentro de la diversidad de opiniones en nuestra sociedad. Todos, al menos teóricamente, creemos que los seres humanos, por el hecho de serlo, tenemos los derechos que, de forma unánime y casi con idénticas palabras, proclaman las diversas declaraciones de derechos universales.

En lo que ya no hay coincidencia es en el origen y fundamento de tales derechos. ¿Es la ley la que los otorga y constituye; o simplemente los reconoce? Si fuera lo primero, los derechos sólo existirían por la ley. Si fuera lo segundo, los derechos existirían aunque no estuvieran en una ley positiva y no hubiera declaración alguna de derechos del hombre o del ciudadano. Pero, además, ¿son todos derechos absolutos o pueden ser limitados? Si lo primero, entonces pueden ser exigidos en todas partes y en cualquier lugar por su titular y el límite sería una violación a los mismos. Si, por el contrario, es lo segundo, entonces ¿cuándo, cómo y por qué se pueden limitar?

El término “declaración” implica reconocimiento. Un manifestar acerca de algo conocido y, por tanto, existente. Los movimientos revolucionarios y/o sociales que han culminado con “Declaraciones” de derechos humanos surgieron bajo regímenes o que no contemplaban en su legislación tales derechos, o que, contemplándolos, los tenían por no vigentes.

En otras palabras, la dificultad teórica respecto al origen y fundamento de los derechos humanos no parece estar tanto en si la ley otorga o, más bien, reconoce esos derechos. El problema radica en cómo conciliar la aceptación de que el fundamento de los derechos humanos está en la persona misma, en el hecho de serlo, con las concepciones que sostienen la ausencia de contenido metajurídico en el derecho. Porque si el derecho, entendiendo por éste, el conjunto de normas emanadas por una autoridad competente para ello, que rigen las relaciones en una sociedad, es ascépticamente puro; esto es, sin contaminaciones morales, entonces, cómo justificar que la ley *reconoce* los derechos humanos. Éstos implican, si es así, un valor. Pero todo lo que pertenezca a este mundo axiológico, está más allá de lo jurídico. Luego, el derecho –las leyes- no tendrían por qué *reconocer* estos valores en la persona humana.

Quizás la respuesta que podríamos encontrar sería que en realidad no se están considerando como “valores” los derechos humanos, sino simplemente como elementos en la conciencia colectiva que el legislador no puede dejar de formular en forma de leyes. Que los derechos fundamentales no son “valores” en el sentido ético; que su reconocimiento está en función de lo que en general es aceptado y, por tanto, merecedor de ser protegido por el derecho.

Sin embargo, no existe una explicación o razón verdaderamente satisfactoria desde una perspectiva meramente positivista del derecho. Siempre quedará un

resabio de que falta algo; de que por mucho que la conciencia colectiva esté convencida de la existencia de los derechos fundamentales, algo los sostiene más allá de la pura ley o del reconocimiento que ésta haga de ellos. Y que ese algo tiene necesariamente que ver con la moral o con el derecho natural o, si no se quiere usar ninguno de esos dos términos por las connotaciones polémicas que pudieran tener, con algo propio de la esencia de la persona.

El segundo problema radica en si el ejercicio de los derechos humanos es individualista o no. Individualista en el sentido de que, independientemente de los derechos que los demás tengan en una comunidad, el individuo ha de ejercer los suyos. Este problema está en íntima relación con el de las limitaciones al ejercicio de los derechos. El individualismo puede provocar la lesión de los derechos de los demás. Y en principio, el derecho de libertad puede ser ejercido siempre y cuando no atente o nulifique el mismo derecho que tienen los demás en la comunidad.

H.L.A. Hart pretendía contar con alguna perspectiva virgen relacionada con los derechos humanos, y por eso encomendó a su discípulo y, por entonces, también colega en la docencia en Oxford, John Finnis, hacia finales de los años 60's del siglo XX, el estudio de la ley natural y los derechos humanos.

El resultado fue una obra que sorprendió al mismo Hart, y que reveló a Finnis como uno de los pensadores juristas más robustos y contundentes de su época. Esta obra, *Natural Law and Natural Rights*, es la insignia de las Nuevas Teorías del Derecho Natural (NTNL –New Theorys of Natural Law), y marca un punto de inflexión en la polémica, histórica, entre iuspositivas y iusnaturalistas.

Y es sobre esta obra sobre la que trata este trabajo. En ella no sólo los derechos humanos encuentran su fundamento satisfactorio para la inquietud intelectual, sino que aborda todos los temas de la teoría o filosofía del derecho en una perspectiva nueva y con el mismo método usado en el universo filosófico oxfordiano: el análisis del lenguaje.

Muchos aplaudieron y siguen la nueva teoría del derecho expuesta por Finnis. Otros la consideran sólo como una presentación actualizada de la teoría clásica iusnaturalista. Y, finalmente, otros critican su esfuerzo por derribar la frontera que parecía infranqueable entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Por todo ello, pero principalmente por esto último, resulta sumamente interesante adentrarse en este libro, denso y apabullante, que lleva por título *Natural Law and Natural Rights*.

Los derechos humanos, desde la perspectiva del positivismo, no pueden lograr todo su contenido y alcance. Eso que Hart presentía en relación a la fundamentación de dichos derechos, lo formuló Finnis: “ha considerado que el permisivismo... parte de un concepto de derechos humanos que los reduce a privilegios e inmunidades, olvidando los derechos propiamente hohfeldianos, que hacen referencia a relaciones entre personas... lo esencial para comprender los derechos humanos no son los derechos sobre cosas, es decir, los derechos reales, y en especial la propiedad, sino lo que él llama derechos hohfeldianos, aquéllos en los

que se da una triple relación entre dos personas y el acto de una de ellas en cuanto ese acto afecta a otra.”¹

No pretendo desmenuzar lo dicho por Finnis en su *Natural Law and Natural Rights* sobre la fundamentación de los derechos humanos, porque creo que Finnis mismo estaría de acuerdo en que ello parte dentro del contexto en el que él concibió su obra: el contexto de la racionalidad. Mi intención es mostrar qué es lo que hace de la teoría finnisiana una teoría distinta aunque no distante ni diversa de la concepción tomista de la ley. Y qué es lo que hace que Finnis se identifique con los positivistas sin meterse a su gremio.

Aunque Finnis en su libro no trata, en forma sistemática, las diversas teorías, ni de los positivistas ni de los iusnaturalistas, sí las pone bajo la lupa y las destroza argumentativamente, o hace ver el por qué evolutivo de las concepciones jurídicas, o señala los puntos en los que aciertan. Pero ello implica un bagaje cultural nada ordinario que el libro de Finnis supone tienen sus lectores. Y Finnis realmente suponía bien, porque su libro fue escrito para expertos en la materia.

Lo anterior no obsta para que en este trabajo trate de presentar, a modo de recordatorio, el transfondo de polémicas y de doctrinas que toma en cuenta Finnis en la elaboración de su teoría, que desde ahora puedo llamarla, creo que con toda propiedad, “teoría moral-jurídica”.

De hecho una buena parte de *Natural Law and Natural Rights* (casi la mitad) trata de la fundamentación de la moral. Y Finnis no tiene inconveniente alguno en afirmar que el derecho pertenece al campo de la moral, o de la ley natural, o, como él prefiere decir, de la racionalidad.

El fin que se pretende en este trabajo, como pudiera haber dado ya a entender, es demostrar, con los razonamientos de John Finnis, que el derecho natural ni es algo ideal ni una pura ficción inalcanzable en la práctica. Así mismo, que el derecho natural ni se opone a las leyes positivas, como si se tratara de su antagonista irreconciliable; ni tampoco un super derecho avasallador de las normas jurídicas. Iusnaturalismo y iuspositivismo, en el sentido en que creo que Finnis lo trata, son un mismo objeto, en sus dos caras: las leyes positivas contienen y expresan el derecho natural; y éste se manifiesta y necesita de las leyes positivas.

Por eso, me parece oportuno, en primer lugar, colocarnos en la actualidad del tema; ponernos ante las preguntas que nos inquietan en torno a la certeza y seguridad jurídica pero también en torno a la justicia.

La justicia es un concepto clave en la teoría del derecho, pero es mucho más que eso: es una inquietud existencial del hombre. Los pensadores han recorrido amplias zonas para determinar lo que es la justicia. Muchos se han detenido en los cómodos llanos del relativismo o del individualismo. Es común que estas teorías

¹ BALLESTEROS, JESÚS: *Ecologismo Personalista*, Tecnos, Madrid, 1995. Pág. 83-84.

estén alimentando la conciencia de muchos de los que hoy enseñan y opinan en relación a la justicia. Por eso, creí conveniente pasar revista, aunque de manera somera, a las diversas teorías sobre la justicia.

Además, considero que sólo tomando conciencia de la importancia existencial, y no sólo teórica, del tema de la justicia, podemos adentrarnos en los laberintos de los razonamientos especulativos. Éstos, contextualizados en la experiencia de vida, no parecerán fríos ni lejanos. Sino necesarios y esclarecedores. Es lo expuesto en el Capítulo Primero.

En el Capítulo Segundo, y antes de exponer el contenido de *Natural Law and Natural Rights*, creí de utilidad señalar, en primer lugar, las características del iuspositivismo y las del iusnaturalismo, así como las posiciones que los han enfrentado y los puntos de contacto y hasta coincidencias que mantienen. Después, en segundo lugar, el desarrollo que han tenido las teorías del derecho, y por qué ni todas las doctrinas que englobamos como iusnaturalistas, lo son en sentido estricto; ni tampoco, todos los iuspositivismos son tan puros como quizás frecuentemente se les considera.

Partiré, para ello, de un concepto, muy general, de lo que se denomina “iusnaturalismo”, como la doctrina que defiende el derecho “ideal”; y el “iuspositivismo”, que afirma el derecho “posible”.

De esta presentación, o mejor dicho, encasillamiento que se da en la práctica de ambas posturas, expondré, siguiendo al Profesor Welzel, con las particularidades de cada teoría, los principios referenciales con que se han expresado y aplicado en diversas épocas de la historia humana.

El objeto de esta relación histórica es comprender que ha habido una evolución teórica. Que las ideas de un pensador han servido como base o como revulsivo para las ideas de los que han venido después. Que un concepto puede ser la diferencia esencial entre una teoría y otra. Y que no todo es una novedad deslumbrante o una originalidad genial en un filósofo. Lo normal es que el tratamiento de su concepción particular esté preñada de las ideas de otros tratadistas contemporáneos o anteriores. Y que la lógica de sus visiones teóricas se enraice en conclusiones de quienes le han precedido.

Este panorama, a mi entender, ayudará a comprender la estructura y solidez de la teoría finnisiana expuesta en *Natural Law and Natural Rights*. El contraste siempre resalta las coincidencias y divergencias. Y de eso se trata: de hacer ver que el iusnaturalismo defendido y propuesto por Finnis no es antipositivista; y, no obstante eso, es esencialmente acorde al derecho natural.

En el Capítulo Tercero de esta tesis se expone el contenido de *Natural Law and Natural Rights*. Hago la presentación de Finnis: su trayectoria académica y sus influjos intelectuales. Por eso hay un apartado para la filosofía analítica que estructuró el pensamiento finnisiano. Y también un apartado relacionado con el tomismo: el poderoso imán intelectual de Finnis. Con la filosofía analítica como

instrumento de disección, y con el tomismo como fuente de precisión y distinción intelectual, Finnis construye su Nueva Teoría de la Ley Natural.

No quise ni interpretar ni distorsionar los argumentos e ideas de Finnis. Por eso, lo cito ampliamente, evitando todo lo que implique o signifique digresión o apreciación personal. Lo único que creo puede ser achacable es si logro hacer o no un buen resumen de la teoría finnisiana.

Creo, con todo, que la exposición, cirtamente resumida, del libro base – *Natural Law and Natural Rights*- muestra con fidelidad lo que es la teoría, no de la ley natural, sino la teoría del derecho de acuerdo a la razonabilidad. Es decir, si se me permite emitir un juicio preliminar, la gran distinción entre la teoría clásica iusnaturalista y la finnisiana es el hincapié que esta última hace en los principios de la razón práctica, y no tanto, en el lenguaje sobre la ley natural. No porque desconozca o crea que la ley natural es una falacia, sino porque su terminología, de acuerdo a Finnis, no se presta para dialogar de tú a tú con el pensamiento moderno.

La teoría finnisina es una auténtica filosofía de los actos humanos: una ética, en el mejor de los sentidos filosóficos. Por eso, ni se encasilla en lo puramente jurídico ni tampoco se queda en la especulación teórica. Lo primero es entendible en lo segundo; y esto tiene su aplicación en aquello. *Natural Law and Natural Rights* es un texto filosófico aplicable, de manera inmediata, a la vida.

Los profesionales del derecho –legisladores, abogados, jueces- pueden encontrar en *Natural Law and Natural Rights* las respuestas a las inquietudes que con toda razón les asaltan: la seguridad y certeza jurídica se pierde si el derecho se mete con la moral; el sistema jurídico estaría a merced de los principios morales que no son ni aceptados ni reconocidos de forma general; la creación de leyes se volvería una tarea casi imposible, y la aplicación de las mismas un arduo trabajo de vencer resistencias. La solución finnisiana coincide y responde a tales inquietudes: las leyes positivas son necesarias y, siendo morales, no tienen por qué elaborarse bajo la égida de una “moral” determinada, sino en la conciencia de que sean una solución adecuada (correcta) a un problema de coordinación entre los miembros de una sociedad.

Finnis ha tenido un gran impacto doctrinal. Su posición de filósofo analítico y, sobre todo, su voz, hasta cierto punto discordante, en el mundo oxfordiano y anglosajón, en general, ha provocado sorpresas, reconocimientos y también críticas severas. Por eso, a mi entender, es importante exponer lo que se ha dicho de la teoría finnisiana, y las consideraciones que sobre la misma se han vertido, tanto en plan polémico, como desde un punto de vista reflexivo. Es el contenido del Capítulo Cuarto.

Aprovecho la exposición, en este capítulo cuarto, para responder, como creo que respondería Finnis, a las críticas, y, en algunos casos, añado mi propia argumentación para precisar puntos, mismos que son en avance a lo que será mi formulación expositiva de la teoría finnisiana y a las conclusiones del último capítulo.

La teoría finnisiana ha sido un revulsivo en las consideraciones y estudios sobre el derecho. Tocó el núcleo y fue directa a diseccionar la cuestión esencial: si la persona como tal está directamente involucrada en la observancia del derecho, o si éste es sólo un instrumento más entre otros que puede o no ser usado, a conveniencia, para vivir en sociedad. O, con otras palabras: si el derecho es moral o simplemente ésta sigue siendo extraña e intrascendente para el primero.

Todavía, a pesar de los cuarenta y cinco años que nos separan de la publicación de *Natural Law and Natural Rights*, en los países de habla hispana no hay tantos comentarios ni se ha difundido, como fuera de desear, la obra de John Finnis. Pero aún así, su teoría ha sido objeto de análisis en algunos artículos de revistas especializadas. Algunos de estos comentarios de autores argentinos y chilenos, también referidos en el capítulo cuarto, nos apoyarán en este trabajo de acercamiento a los argumentos y estructura de la teoría finnisiana. Será, al menos así lo pretendo, como una labor de zapadores para dejar listo el camino a la elaboración de mi formulación expositiva de la teoría finnisiana.

En el Capítulo Quinto de este trabajo construyo, como ya lo indiqué antes, mi formulación expositiva de la teoría finnisiana. Como no podría ser de otro modo, coincido casi plenamente con los planteamientos, argumentos y conclusiones de Finnis. Sin embargo, señalo pocos puntos en los que me parece la teoría tendría que ser más consecuente y llegar a resultados que son postulados por las premisas puestas.

Esta formulación expositiva parte, igual que Finnis lo hace, del fenómeno, en cuanto realidad, de las leyes positivas. Leyes que, más allá de la coacción, conllevan la obligación de ser obedecidas. Será, por tanto, la reflexión sobre la obligación la que conduzca a las exigencias de la racionalidad y, de éstas, a la ley natural-moral.

Paso revista al tema de justicia, con las implicaciones que tiene actualmente en el campo social. Y cómo, a través del desarrollo de la humanidad se ha, más que concebido, aplicado la justicia. Toco el tema de la ley injusta y en qué sentido debe establecerse dicha injusticia. En cuanto a la observancia o no de la misma, soy más radical que Finnis y Tomás de Aquino: no deben cumplirse. Aunque entiendo el motivo y razón por la cual ellos afirman que en ciertas circunstancias es mejor obedecerlas para evitar daños e inconvenientes a la seguridad en la aplicación del sistema jurídico.

Y nuevamente, desde la afirmación de la ley natural-moral y de las consideraciones de la ley injusta, descender al mundo de las relaciones societarias para ver la aplicación de las leyes y su función en la realización de la justicia y, finalmente, del bien común.

En el Capítulo de Conclusiones se expresan con puntualidad y precisión los puntos indicados, ya sin la extensión de lo que he llamado “formulación expositiva propia de la teoría finnisiana”.

Sería presuntuoso enmendar la página a un personaje de la altura intelectual de Finnis. Nada más alejado de eso es mi intención. El atrevimiento de sugerir, si acaso, un cambio es impulsado por el afán de seguir en la misma línea y no tanto por tener y/o mantener una idea distinta a la de Finnis.

La lectura, exigente y a veces trabajosa, de *Natural Law and Natural Rights*, arroja luz sobre muchos de los cuestionamientos que son nota en los medios de comunicación y que para nada se quedan en las elucubraciones de los filósofos o de los dedicados a la enseñanza teórica. Finnis no sólo era académico. Conocía perfectamente, por propia experiencia, las implicaciones del proceso litigioso y las consecuencias de la aplicación de las leyes. Por eso, los ejemplos que pone basados en la práctica jurídica no sólo ilustran sus ideas abstractas, sino reflejan también su sensibilidad por la justicia.

La inquietud de la justicia, que se percibe en la obra de Finnis, pero que también experimentamos y vemos a nuestro alrededor no puede permitirse el lujo de ser referida y conservada en los gabinetes de los estudiosos. Es una inquietud que tiene que ser encauzada con acciones razonables, *hic et nunc*. Y esto puede lograrse en base a una doctrina jurídica estructurada en la razonabilidad, como es la teoría finnisiana.

La obra de Finnis sigue estando prácticamente virgen. Muchas ideas y argumentos vertidos en sus artículos, en sus conferencias, y en sus libros se mantienen firmes al análisis y posibles críticas. Muchos de los detractores de Finnis le reconocen la contribución, verdaderamente importante, que ha dado a la teoría del derecho, y hacen caravana ante su rigor intelectual y su basto conocimiento cultural. Pero, a mi entender, falta más difusión, sobre todo, en los países de habla hispana, de la obra finnisiana.

Es mi deseo que este trabajo no sólo sirva para obtener un grado académico, sino que sea el inicio de un propósito personal de hacer, por lo menos entre los estudiantes de derecho, conocible a Finnis, uno de los juristas más prestigiosos de nuestra época, y el paladín de las Nuevas Teorías de la Ley Natural.

Capítulo 1.

LAS INQUIETUDES DE LA JUSTICIA

No sólo los teóricos del derecho o los profesionales del mismo –legisladores, jueces y abogados- sino la gente en general se formula la pregunta que, en forma latente, se mantiene en el subconsciente individual: ¿qué es el derecho? ¿Es posible que sólo sea el instrumento de los más poderosos para controlar a los demás en una comunidad? ¿Es sencillamente la técnica mediante la cual se normalizan las conductas con relevancia social? ¿Se trata de un instrumento, cuya aplicación tiene connotaciones éticas? ¿Es un subproducto de la moral, con el único objetivo de hacer ciertas para todos las conductas a seguir? ¿Es un conglomerado de normas, más o menos sistematizadas, que tiene por fin ordenar la vida en sociedad, sin ninguna exigibilidad moral? ¿Es esencialmente la coacción del Estado la que imprime el carácter de jurídico a las reglas, que de otra forma sólo serían normas sociales?

En el fondo, las respuestas a las cuestiones antes formuladas, y a otras de corte similar, se alinean en dos bandos: el del derecho fundado en principios racionales (iusnaturalismo); y el derecho fundado en los intereses predominantes (iuspositivismo). Incluso la teoría pura del derecho de Kelsen, al final, queda fundada en esos intereses predominantes de quienes establecieron la norma fundamental o constitución primigénea.

Ello es evidente en el siguiente texto: “Una norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico... Por eso, la norma fundamental de un orden jurídico no es más que la regla fundamental con arreglo a la cual deben crearse todas las normas de ese orden... Si se pregunta la razón por la cual un acto cualquiera de coacción, por ejemplo, el hecho de que un hombre prive de su libertad a otro encerrándolo en una cárcel, es un acto jurídico, perteneciente a un determinado sistema de Derecho, la contestación es la siguiente: porque ese acto fue prescrito por una determinada norma individual, una sentencia judicial. Si se pregunta todavía por qué esta norma individual vale como elemento de un sistema jurídico determinado, la contestación es: porque se creó de acuerdo con el código penal. Y si se pregunta ulteriormente por el fundamento de la validez de ese código penal, se va a parar en definitiva a la constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creado el código penal por los órganos competentes y siguiendo el procedimiento establecido en la misma constitución. Pero si se pregunta por el fundamento de la validez de la constitución, en la cual se basan todas las leyes y todos los actos jurídicos realizados sobre la base de las mismas, se va a parar, quizá, a una constitución más antigua y, en último término a la primera constitución histórica, otorgada por algún usurpador o por algún parlamento constituido no importa cómo. Ahora bien; todo conocimiento del orden jurídico basado en esta constitución, ha de partir de un supuesto fundamental, a

saber: que aquello que el primer órgano histórico constituyente ha manifestado como voluntad suya, tiene valor de norma.”²

Las posiciones positivistas pueden hacer hincapié en las necesidades sociales (Oliver W. Holmes Jr); en la conducta (realismo norteamericano: *behaviourist*), o en normas como expresión de la voluntad del Estado en el que están representados todos los individuos (la pandectística). Pero siempre, su denominador común, es el relativismo y su negativa a admitir un derecho extralegal (no positivo).

Ese relativismo, ante el más tenue destello de conciencia sobre la materia, hace que se yergan las preguntas sobre la consistencia real del derecho. Las necesidades inmediatas pueden ser resueltas, y de hecho lo son en su gran mayoría, con las normas vigentes. Sin embargo, es cada día más apremiante el sentimiento de que esas normas, o eso que designamos como derecho no es suficiente; que tiene graves limitaciones; que no alcanza a resolver los sentidos problemas de justicia que aquejan a muchos en la sociedad.

Por eso, la creciente participación de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) en la vida pública. Por eso también, la consolidación de las entidades protectoras de los derechos humanos. Y, por eso, igualmente, la trascendencia de las resoluciones de las Cortes internacionales a fin de que los Estados tomen medidas legislativas que protejan a los más vulnerables.

1.1. LA INQUIETUD DE LO NECESARIO Y NO MERAMENTE LEGAL

Todos los días, si sólo ponemos un poco de atención a los acontecimientos sociales, se presentan cuestionamientos, debates, dudas, inquietudes en torno a las leyes y a la justicia. El Presidente de México, Enrique Peña Nieto, en su mensaje “Por un México en Paz, con justicia y desarrollo”, al presentar el plan de acción de su gobierno, el 27 de noviembre del 2014, a dos meses de la estremecedora e indignante desaparición de cuarenta y tres estudiantes normalistas en Iguala, Guerrero, dijo: “La justicia que queremos va más allá del ámbito legal”³. ¿Esta frase, en un gobernante, implica el reconocimiento expreso que el derecho tiene límites, y que más allá de ellos se extiende la justicia? O, en otras palabras: ¿que el derecho no se identifica con la justicia; o que ese derecho, identificado con las leyes positivas, tiene un campo de acción reducido sin posibilidad alguna de resolver justamente en todas las ocasiones?

La desaparición de estos jóvenes y, sobre todo, las circunstancias en que se dio; los implicados en todo este escenario dantesco, y en el más que probable asesinato de todos ellos, conmocionó a México y tuvo repercusiones internacionales. Las autoridades han señalado que han seguido en todo momento lo que marca la ley, tanto para efectos de investigación como para poner a disposición de los tribunales a

² Kelsen, Hans: *La Teoría Pura del Derecho*, Ed. Colofón, 3ª, México, 1990. Págs. 48-49.

³ <http://es.scribd.com/doc/248487804/Mensaje-EPN> (28 noviembre 2014)

los culpables. Sin embargo, los padres de los desaparecidos y las organizaciones sociales que los acompañan, además de gran parte de la opinión pública, sostienen que el Gobierno no ha hecho todo lo que *debiera* hacer, e incluso lo tachan de omiso y hasta cómplice. Los partidos políticos se han descalificado entre sí porque afirman que nunca *debieron* apoyar a un presidente municipal que resultó ser uno de los principales responsables. Se hacen señalamientos en el sentido de que el destacamento del ejército en la zona *debió* actuar, y no ser meramente espectador. Se reclama también a las autoridades de que *deben* regresar con vida a los desaparecidos.

Al final, las exigencias no son, ni de lejos, exigencias de pura legalidad. Es más, se podría decir que, en general, el Gobierno Federal, como suelen decir sus comunicados, ha actuado en “estricto apego a la ley”, y hasta se señala que nunca antes la Procuraduría General de Justicia había llevado una investigación tan exhaustiva y aplicado tantos recursos a la misma. Sin embargo, eso no ha sido suficiente. El sentir de las víctimas es que más allá de lo legal, existe un horizonte de deberes y obligaciones que el Estado tiene que recorrer, y que existe una responsabilidad extralegal en la que han incurrido las autoridades por su falta de previsión. Responsabilidad que es más grave que la que pueden sancionar las leyes vigentes.

Las consecuencias del caso Iguala han revasado el ámbito legal. El proceso, previsible sentencia condenatoria y castigo a los culpables no dejará satisfechos a los padres de las víctimas. Ni siquiera, como ya lo expresaron, la indemnización que el Estado pueda darles colmará su ansia de que sus hijos les sean devueltos con vida. Algo que en la realidad se ve ya imposible, y, en algún sentido, irracional.

En todo caso, lo que se patentiza es la inquietud de destrabarse de un legalismo que se percibe estrecho, y la búsqueda de respuestas más contundentes no sólo en la actuación de las autoridades, sino en el mismo sistema legal. Éste, al menos de los reclamos que se han hecho, debería proveer las herramientas necesarias para prevenir eficazmente la desaparición forzosa de personas; y, en su caso, una investigación imparcial, contundente y cabalmente resarcitoria.

Oskar Gröning, el nonagenario *Bookkeeper of Auschwitz*, como se le conoce por haber fungido, entre 1942-1944, como registrador de las pertenencias de los judíos que fueron llevados a Auschwitz, hizo esta declaración en el juicio que se le sigue en Lünenburg (Alemania): “It is without question that I am morally complicit in the murder of millions of Jews through my activities at Auschwitz. Before the victims, I also admit to this moral guilt here, with regret and humility. But as to the question whether I am criminally capable, that’s for you to decide.”⁴ Y más claramente: “Accomplice would almost be too much for me... I would describe my

⁴ *The Guardian*, 22 de Abril del 2015: <http://www.theguardian.com/world/2015/apr/21/bookkeeper-of-auschwitz-oskar-groning-admits-moral-guilt-as-trial-opens>

role as a ‘small cog in the gears’. If you can describe that as guilt, then I am guilty, but not voluntarily. Legally speaking, I am innocent”.⁵

Conciencia moral y legalidad. Para Gröning, la primera lo condena. La segunda, la que tiene que ver con las leyes positivas, aún en el supuesto de una sentencia condenatoria, significa para él una injusticia, porque se percibe actuando en la legalidad del sistema nazi; luego, se siente inocente.

Para los efectos de este párrafo, me permito exponer otro caso: en el verano del año 2004, un huracán devastó amplias zonas del Estado de Florida en los Estados Unidos de América. Los hoteleros, los gasolineros y hasta los de las tiendas de conveniencia subieron, sin consideración alguna, los precios de sus productos y servicios, amparándose en la libertad de contratación, y en los efectos de la ley de la oferta y la demanda. Las autoridades reprocharon la conducta de estos comerciantes aduciendo que no se trataba de condenar el libre mercado, sino, en todo caso, una práctica carente de solidaridad que rayaba en la extorsión. Ante la necesidad apremiante de muchos, el alza en los precios no podría interpretarse, para las autoridades, de otra forma que como un abuso.

En esa situación de catástrofe natural, los defensores de los consumidores adujeron que no existían opciones de compra ni el tiempo y la tranquilidad para escoger las mercancías. Simplemente se demandan unos cuantos bienes que adquieren, en tales circunstancias, carácter de extremadamente necesarios. Por eso, señalaron, los precios impuestos por los oferentes a estos bienes atentan en contra de la justicia.

“The debate about Price gouging that arose in the aftermath of Hurricane Charley raises hard questions of morality and law: Is it wrong for sellers of goods and services to take advantage of a natural disaster by charging whatever the market will bear? If so, what, if anything, should the law do about it? Should the state prohibit price gouging, even if doing so interferes with the freedom of buyers and sellers to make whatever deals they chose?

“These questions are not only about how individuals should treat one another. They are also about what the law should be, and about how society should be organized.”⁶

Un evento así, que sacude la normalidad de la vida en sociedad, enciende focos rojos sobre lo que se *debe hacer*, y no simplemente sobre lo que la gente hace o sobre lo que la ley ordena. La alerta se centra en el actuar del ser humano. Lo que se da por entendido en situaciones habituales: los comportamientos estándares de una vida en comunidad, se vuelven relevantes y dejan entrever un cúmulo de cuestiones apenas se cruza la emergencia. Afloran las actitudes solidarias, pero

⁵ Oskar Gröning: Former Auschwitz Guard Charged in 300,000 Deaths: www.inquisitr.com/1478756 (2 junio 2015).

⁶ SANDEL J. Michael: *Justice, what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009, págs. 5.-6.

también las egoístas; los ejemplos de auxilio, pero también los hechos vandálicos; la disposición para ayudar, pero también el acaparamiento para aprovecharse de la situación. Y lo expresado en las leyes sirve como argumento para quienes no se atreven a ir más allá de lo legal; pero también para los abusadores: lo no que no está prohibido está permitido. Y la ley, por lo menos, en los Estados Unidos de América, no prohíbe el aumento de los precios ante el aumento de la demanda de bienes y servicios.

1.2. LO MORAL Y LO LEGAL

La actuación de los involucrados en los tres hechos expuestos en el apartado anterior, (los desaparecidos de Ayotzinapán, Oskar Gröening y los afectados por el huracán en Florida) así como de la sociedad que los vive, refleja, al final de cuentas, no sólo reacciones inmediatas y/o instintivas del hombre, sino también actos conscientes. Es decir: el ser humano en su actuar. Un actuar que, al menos en términos fenomenológicos, presumimos que es libre. Luego, si es libre, implica responsabilidad. Y, consecuentemente, la asunción de un *deber*.

La responsabilidad, consecuencia de la elección libre, no es otra cosa que responder por las consecuencias de lo elegido. Por su parte, la elección puede ser trascendente o no para la realización de la persona. Si lo es, entonces, tiene connotación de debida o indebida: se eligió, sin coacción alguna, una opción realizante o denigrante de la personalidad.

En palabras de Finnis, el acto libre se da cuando una persona “judging that one has reason(s) or other motives to adopt one posible course of action (‘option’), and reason(s) to adopt some incompatible alternative, one adopts one option (if only to ‘do nothing’) in preference to the other and so settles what (unless one changes one’s mind) one will do.”⁷

Y, en este punto, la pregunta resulta necesaria: ¿debida o indebida para quién? ¿Acaso los comerciantes que aumentaron los precios de sus productos aprovechando la necesidad de sus paisanos no era algo que *debían hacer* para sí mismos, en esas circunstancias? ¿O por qué a muchos que vieron el drama desde fuera, les pareció algo indebido el aumento en los precios?

Es la pregunta sobre si el actuar humano está regido por principios objetivos o si está totalmente desvinculado de ellos, en el supuesto de que existieran; y si todo debe considerarse desde la perspectiva de la subjetividad. Se trata, pues, en otras palabras, y más precisamente, de la moral. ¿Hay un deber válido para todos, en todas las circunstancias históricas y sociales? O ¿La actuación de los seres humanos depende de los tiempos en que se viva, de las modas en boga, de las corrientes de opinión preponderantes en una determinada época? Y todavía más: ¿es posible traspasar al derecho –a las leyes- esa preocupación de principios válidos objetivos; o

⁷ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Ed. Oxford University Press, 1998. Pág. 22-23.

mejor sostener la despreocupación y remarcar una absoluta separación entre moral y derecho?

“Da millenni i problema materiali riguardanti i contenuti del giusto operare, problema che sono fundamentalmente eguali per l’etica e per il diritto, sono stati trattati sotto il titolo comune di ‘diritto naturale’.”⁸

En los tiempos modernos se ha insistido en separar a la moral y al derecho. Se han determinado con precisión casi matemática las características que tienen las normas jurídicas en contraposición con las que tienen las normas morales. Se ha señalado que hay una imposibilidad lógica de que el “deber ser” pueda derivarse del “ser”. Primero Christian Thomasius (1655-1728), y después Bentham (1748-1831) establecieron que no podía seguir identificándose al derecho y a la moral. “¿Qué significa es(t)o? Pues sencillamente que aquello que *define* al derecho, aquello que identifica como jurídica a una norma jurídica *no* es un determinado componente ético o una cualidad moral.”⁹

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, los teóricos del derecho han tenido que admitir la referencia (“vinculación”) a la moral. “Para Dworkin el error fundamental del positivismo jurídico consiste en creer que en todos los sistemas jurídicos existe algún *test* fundamental reconocido por la mayoría de los operadores jurídicos, que determina el carácter jurídico o no de las normas. El *test* de reconocimiento sería plausible si consideramos al derecho como un conjunto de reglas jurídicas; sin embargo los abogados y los jueces, al argumentar y decidir en los pleitos, apelan no sólo a este tipo de reglas jurídicas determinadas, sino a otra clase de normas denominadas por Dworkin ‘principios jurídicos’ y ‘directrices’. Entiende por estas últimas ‘una clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento del algún aspecto económico, político o social de la colectividad’. En cambio, por ‘principios’ entiende ‘una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral.’”¹⁰

El trauma causado por el régimen nazi hizo resurgir la cuestión de si el derecho podría justificarse por sí mismo, o si era necesario, a fin de evitar los desastres y calamidades causados en el mundo por el régimen del Tercer Reich, apelar a conceptos y/o principios morales. “Gustav Radbruch (1878-1949) was a prominent German legal theorist, who, in the aftermath of World War II, famously argued that a sufficiently unjust rule loses its status as a valid legal norm... The Second World War and the evil done during that period in his native Germany, often

⁸ WELZEL, Hans: *Diritto naturale e giustizia materiale*. Ed. Giuffrè, Milano 1965. Pág. 246.

⁹ LAPORTA, Francisco: *Entre el derecho y la moral*, Ed. Fontamara, México, 1993. Pág. 13-14.

¹⁰ VÁZQUEZ, Rodolfo: *Una versión ‘débil’ de la relación entre derecho y moral. Hart y la polémica con Fuller, Devlin y Dworkin*. En *Moral y Derecho*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011, Pág. 26-27.

under the rubric of law, deeply affected Radbruch. In works written right after the war, Radbruch offered ideas about the connection between the moral merits of a purported legal rule and its legal validity, that would become highly influential. Radbruch wrote: Positivism is, moreover, in and of itself wholly incapable of establishing the validity of statutes. It claims to have proved the validity of a statute simply by showing that the statute had sufficient power behind it to prevail. But while power may indeed serve as a basis for the ‘must’ of compulsion, it never serves as a basis for the ‘ought’ of obligation or for legal validity.”¹¹

Como la realización de la justicia es una exigencia inherente al ser humano, por muchos y brillantes exponentes y defensores que ha tenido y tiene la teoría kelseniana, en la segunda mitad del siglo pasado y en lo que va del presente se ha sentido una acuciante exigencia revisionista en torno a la naturaleza del derecho. “... los creadores del derecho vigente no pueden, sin debilitar su propia autoridad, reconocer que sus leyes no son siempre justas.”¹².

La sentida demanda, en todos los estratos sociales, especialmente en los más débiles, por los derechos humanos, ha originado un repensamiento en torno a lo que es el derecho y a lo que debe ser el sistema jurídico. “... en virtud misma de la naturaleza humana, hay un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y de acuerdo con la cual la voluntad humana debe obrar para conformarse con los fines esenciales y necesarios del ser humano. La ley no escrita o ley natural no es nada más que esto.”¹³

Curiosamente, han sido, principalmente, pensadores anglosajones y germanos los que han marcado pauta para desmitificar el formalismo kelseniano, y sugerir vías de reflexión que lleven a una concepción, quizás más compleja, pero menos parcial, de lo que es el derecho, y de las exigencias de la persona humana en torno a la protección de los derechos fundamentales y, finalmente, de la justicia. “La situación que Hans Welzel describe se acentuó durante la época del nazismo, cuyos horrores, concluida la Segunda Guerra Mundial, provocaron en los juristas alemanes, frente al positivismo jurídico, una actitud de abierta desconfianza y, a veces, de repudio. Las espantosas experiencias de esa época, dice Welzel, ‘pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al *derecho*, pues no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora’... El viraje se produjo también entre los jueces, por lo que Welzel puede citar en su opúsculo sentencias de tribunales de Frankfurt y Wiesbaden en que se afirma, por ejemplo, que una ley que autoriza que los bienes de un particular sean

¹¹ BIX H., Brian: *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, University of Minnesota Law School; The American Journal of Jurisprudence, Vol. 56, pág. 45-46.

¹² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Ed. Fontamara, 3ª, México, 1999. Pág. 20.

¹³ MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1ª reimpresión 1997. Pág. 103. También señala: “El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural”. Pág. 97.

expropiados sin indemnización, es contraria al derecho natural y, por ende, inválida.”¹⁴

“Prácticamente todos los autores analíticos de las últimas décadas aceptan que los principios morales cumplen y *deben cumplir* una función importante en la judicación. Se llega al punto de afirmar que, por imperativo de los principios morales, incluso las reglas claramente identificadas como legales y vigentes, de acuerdo, por ejemplo, con una regla de reconocimiento en el sentido de Hart, pueden o deben ser desobedecidas por los mismos funcionarios: ‘esto es derecho, pero demasiado inícuo para ser obedecido o aplicado’.”¹⁵

Pero no sólo en los crímenes de guerra del siglo pasado, sino también en todos los sistemas que siguen permitiendo que los intereses de unos privilegiados, o las razones de estado, o los motivos religiosos, o el fanatismo de cualquier índole, desplace y atropelle los derechos de otros, se da la injusticia que, como decía Martin Luther King, afecta a todos, no importando el lugar del planeta en el que aquella se cometa.

Hart, en su libro *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, refiere el siguiente caso: “En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa en uso de licencia otorgada por el ejército alemán. La mujer no estaba obligada por la ley a denunciar al marido, aunque lo que éste había dicho aparentemente violaba ciertas leyes que calificaban de delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación –parece- de esas leyes aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue procesada en un Tribunal de Alemania Occidental por un delito que nosotros llamaríamos ‘privación ilegal de la libertad’. Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes ‘nazis’ y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que, para citar las palabras de la corte ‘dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes’.”¹⁶

¹⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Op. Cit.* Pág. 128.

¹⁵ ORREGO S., Cristóbal: *De la Ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho.* Revista Chilena de Derecho. Volumen 30, No. 2. Pág. 311.

¹⁶ Citado en VÁZQUEZ, Rodolfo: *Op. Cit.*, Pág. 10.

La demanda de justicia, con toda su carga y connotación moral, es aceptada en el derecho por positivas como Hart. Su teoría se identifica con un positivismo “débil”. Es decir, no el positivismo ideológico que niega cualquier relación entre moral y derecho, como el sostenido por los representantes de la Escuela de Uppsala. Éstos afirman que: “Ni en la esencia de la moral ni en la del derecho hay algo que pudiera establecer una firme relación entre ambos... la relación entre derecho y moral es una cuestión puramente *histórica* acerca de la cual no puede decirse nada que sistemáticamente tenga validez universal... La moral es el sistema de comportamiento cuyo origen es el respeto ante Lo Bueno, teniendo a la conciencia como instancia de juicio. El derecho es el sistema de comportamiento que surge de la interdependencia social y que tiene como instancia de juicio a las autoridades designadas a tal efecto por el poder estatal.”¹⁷.

H. L. A. Hart es particularmente importante en este trabajo, considerando la relación no sólo doctrinal sino de convivencia en el mismo campus universitario que sostuvo con John Finnis. Y su positivismo “débil” puede confirmar que la relación de la moral y el derecho sigue siendo vigente.

Ese reconocimiento de la moral en el campo del derecho puede apreciarse en el siguiente comentario sobre el pensamiento hartiano: “*La influencia de la moral sobre el derecho*. La influencia de la moral sobre el proceso de creación y aplicación del derecho es evidente. En algunos sistemas, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos –debe quedar claro que deben su carácter jurídico al hecho contingente de su incorporación al ordenamiento jurídico. Como dice Hart: ‘Ningún positivista podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.’”¹⁸

Cuando hablamos de derecho, estamos en la frecuencia de leyes. La teoría kelseniana ha impregnado las aulas y los manuales de derecho de su concepción identificadora de leyes-derecho: “La suposición más extendida actualmente entre los juristas es la consideración del derecho como un sistema de normas, lo que da lugar a un modo peculiar de caracterizar la ciencia jurídica: el normativismo, especialmente en su versión kelseniana.”¹⁹

La definición que aprendemos los abogados en el primer curso de la carrera es del tenor siguiente: derecho es el conjunto de leyes, emanadas por los órganos

¹⁷ GEIGER, Theodor: *Moral y Derecho, polémica con Uppsala*, Ed. Fontamara, México, 1992. Pág. 163-165.

¹⁸ VÁZQUEZ, Rodolfo: *Op. Cit.*, Pág. 19.

¹⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *El conocimiento jurídico*, Ed. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3ª, pág. 151.

estatales facultados para ello, que rigen las relaciones de los individuos en una sociedad. O, en palabras de García Máynez: “Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias”²⁰

“Il positivismo, ... è riuscito a imporre il suo ‘rigido concetto del diritto’: per molte generazioni di giuristi è valso, come ‘verità inoppugnabile, che la forza del diritto (secondo altre terminologie, il legislatore, lo Stato, il potere sovrano) può imporre qualsiasi principio giuridico’, anche quello assolutamente immorale! Anche il più sublime positivismo giuridico, la teoria pura del diritto di Hans Kelsen, dichiara che ‘qualsiasi arbitrario contenuto può essere diritto’; non vi è alcun comportamento umano che come tale in virtù del suo contenuto sia escluso dall’esser contenuto de una norma giuridica. La sua validità non può essere negata per il solo fatto che il suo contenuto contrasta con quello di un’altra norma, non appartenente all’ordinamento giuridico.”²¹

En consecuencia de esa separación entre derecho y moral, la ciencia del derecho no será otra cosa que el estudio de las leyes positivas: su estructura, sus fuentes, su validez, su ámbito de aplicación, su vigencia, y, en todo caso, los criterios de política legislativa. Y se deja la filosofía del derecho la reflexión sobre la justicia. “La dottrina del diritto naturale doveva perciò trasformarsi in una dottrina del diritto ‘giusto’, in filosofia del diritto e in etica giuridica materiale.”²²

Sin embargo, por lo menos la impresión que nos dejan los hechos antes enunciados (la desaparición de 43 jóvenes en Iguala, Guerrero, México, la autoimplicación en los crímenes de guerra de Oskar Gröning, o el huracán en la Flórida), es imposible que la pureza formal de las leyes no se vea salpicada con las inquietudes de la justicia y las preocupaciones de un deber y una obligación que interpelan a la persona en cuanto tal y no solamente al autómatas que cumple por cumplir las leyes.

Se trata, en realidad, como se dijo antes, de una profunda inquietud sobre la rectitud de la conducta humana en toda su profundidad y extensión. Por eso, el estudio del derecho simplemente no puede darse sino dentro de lo que es la antropología psicológica: cómo surge la decisión de actuar; qué proceso está implicado en una decisión; por qué decidir entre una opción u otra. Y, en tal sentido, el derecho no puede desligarse o dejar de considerar la ética: por qué una opción formulada en ley puede propiciar el bien común, y con él el desarrollo y personalización de los individuos que integran la sociedad. Y por qué otra opción, generalmente contraria a la primera y, en principio descartada, no es adecuada para acrecer la realización y el enriquecimiento personal.

²⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, 36ª. México, 1984, Pág. 37.

²¹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 281-282.

²² *Ibidem.* Pág. 250.

“Nella contrapposizione d’un diritto naturale e di un diritto positivo si esprime nel modo più impressionante ed efficace, nella storia, la convinzione che nei rapporti della società umana non v’è solo qualcosa che oblige per la sua forza prevalente, o che viene da noi operato in fatto, per virtù di una consuetudine radicata, ma qualcosa che, a prescindere da un comando o da una consuetudine, ci oblige, nel nostro essere più intimo, ad un agire determinato.”²³

1.3. FILOSOFÍA MORAL

La historia de la cultura está impregnada de discusiones sobre la naturaleza del derecho. Siempre ha existido el inquietante cuestionamiento de si el derecho, y con él, las normas jurídicas, responden a exigencias racionales y, por tanto, morales; o si, por el contrario, son consecuencia de las particulares circunstancias históricas y existenciales del hombre. Y, consecuentemente, sin contenido ni calificación moral.

Bonfante llega a decir que la moral (él usa el término “ética”) es el género²⁴ y derecho es la especie, y que no es correcto distinguir moral y derecho diciendo que la primera rige actos internos y el segundo externos, porque “anche il diritto penetra, tanto più quanto più la civiltà è evoluta, fin dove è possibile e utile nell’uomo interno; abbiamo una quantità di elementi interni di cui il diritto tien conto e così la buona fede, il dolo, la colpa e tutti i suoi gradi nei rapporti civil e penali.”²⁵

De acuerdo a lo que Finnis nos expone sobre la teoría de la ciencia de Santo Tomás de Aquino, éste distingue cuatro clases de ciencias, irreducibles entre sí: “(1) sciences of matters and realationships {ordo} unaffected by our thinking, i.e. of the ‘order of nature {rerum naturalium}’ studied by the ‘natural philosophy which includes ‘natural science’ {[scientia] naturalis}, mathematics, and metaphysics; (2) the sciences of the order we can bring into our own thinking, i.e. logic in its widest sense; (3) the sciences of the order we can bring into our deliberating, choosing, and voluntary actions, i.e. the moral, economic, and political sciences compendiously called *philosophia moralis*; (4) the sciences of the multitude of practical arts, the technologies or techniques which, by bringing order into matter of any kind external to our thinking and willing, yield ‘things constituted by human reason.’”²⁶

La filosofía moral es una ciencia práctica en sentido pleno porque “...is about, and prescribes, what is to be *done* {agenda}, in the open-ended field of human life as a whole, by choices and acts (which as deliberate and chosen are essentially self-determining –i.e. internal to and constitutive of an individual’s

²³ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 361.

²⁴ BONFANTE, Pietro: *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, pág. 7.

²⁵ *Ibidem.* pág. 24.

²⁶ FINNIS, John: *Op. Cit.* pág. 21.

character or a group's or community's identity and quality) in view of objects, ends, *goods* that provide reason to act and lend point to individual or group life as an open-ended whole.”²⁷

Cuando se habla de ética, se entiende tanto la ciencia del actuar (*agere*) libre del hombre, como del conjunto de principios que establecen lo debido. Lo que el individuo hace (*facere*) corresponde, como se vio antes, al arte o a la técnica. Y los actos humanos no pueden ser reducidos a simples generalizaciones estadísticas de comportamiento, ni a determinaciones conductuales exigidas por la cultura o la presión social, ni a rutinas inconscientes.

Esta irreductibilidad de la filosofía moral a cualquier otra ciencia práctica es importante, ya que “The main theorist from Hobbes down to today have more or less consciously rejected this methodological thesis, this anti-reductive conception of social and political theory, and even this conception of ethics. Today, indeed, almost all who write or teach political or social theory are in like case, refusing or failing to acknowledge the reality of free choice, and treating their subject-matter as if it were a natural substance or else a technique or product of technique.”²⁸

En la tesitura de que el hombre es libre y no un ser determinado, volvamos a la cuestión moral: qué es bueno hacer, y qué es lo que hay que evitar. De esta forma, el estudio del derecho está integrado en el estudio de lo que el individuo debe hacer. O, en otras palabras, la filosofía del derecho es parte de la filosofía práctica. Moral y derecho no están separados. Éste está impregnado de aquella, porque la moral es, a fin de cuentas, la ciencia que nos señala las acciones a tomar en función de la realización personal; y el derecho nos muestra, en forma expresa, de manera imperativa, permisiva o prohibitiva lo que debemos hacer para realizarnos en sociedad, no como algo distinto o ajeno a la personificación, sino como parte esencial de esa realización personal.

Sobre este punto, creo que resultará útil citar a John Finnis: “... the philosophy of law belongs to the philosophy of practical reason. Practical reason, and thus the philosophy of practical reason (philosophical because considering the problems of practical reason in their full universality), seeks to make reasonable the deliberations and choices by which human persons shape their freely chosen actions and thus shape also themselves and their communities. Ethics considers those problems in the form in which they confront each individual without exception, in the predicament of choice of significant conduct (action or inaction), choice which, shaping the world, will also shape his or her own character. Political philosophy (subsuming without absorbing the philosophy of the household and family) considers the problems confronting each of us precisely insofar as we need to act in concert with other members of our communities, as members or leaders whose

²⁷ *Ibidem*. Pág. 41.

²⁸ *Ibidem*. Pág. 22.

choices are choices for the community to whose actions we intend our own actions to contribute.”²⁹

1.4. ESENCIA DEL DERECHO

Este trabajo no aborda, como punto central, la cuestión moral. Es una investigación sobre la naturaleza y/o esencia del derecho. Pero precisamente, el interrogante sobre qué es el derecho, y en este caso, qué es el derecho según John Finnis, lleva a considerar la íntima relación que tiene el derecho con la moral. A contrapelo de lo afirmado por Kelsen y todos sus discípulos, derecho y moral no son extraños ni ajenos ni absolutamente distintos y distantes entre sí. El derecho es, a reserva de probarlo más adelante con la autoridad teórica y discursiva de Finnis, la expresión y formulación de las exigencias morales para la vida en sociedad.

¿Entonces, el derecho es moral, así sin más especificación? No. El derecho tiene su propia identidad frente a la moral y frente a otros tipos y/o sistemas de reglas (las que rigen, por ejemplo a un grupo delictivo, o a las que se someten los jugadores en un juego, o las que observan los miembros de un club social). Pero esa identidad propia no lo contrapone ni indisponen con la moral. El ser humano necesita, para su plena realización, no sólo actuar debidamente en su círculo privado, sino también en el Estado, o, como la denomina Tomás de Aquino, en “la comunidad completa”. Y es sólo en ésta donde el crecimiento personal puede lograrse, ya que sólo en el Estado, ante la capacidad limitada del ser humano, puede la persona ayudarse y ser ayudada a superar esa limitación.

“... (the) law exists, focally or centrally, only in complete communities {perfectae communitates}...”

“*Civitas* and synonymously *communitas politica* or *communitas civilis*, in Aquinas, can usually be translated by ‘a state’, ‘states’, or ‘the state’, but never mean ‘the State’ as government, organs of government, or subject of public law. Though aware of the distinctions, Aquinas is not generally concerned to differentiate between nation and state or political community, or between the state’s structure of governing offices and the particular rulers of office-holders. And *civitas* and its synonyms are used consistently by Aquinas to signify the whole large society which is organized politically by the sorts of institutions, arrangements, and practices commonly and reasonably called ‘government’ and ‘law’.

“... Can a state’s common good, being the good of a complete community, be anything less than the complete good, the fulfilment –*beatitudo imperfecta* if not *perfecta*– of its citizens?... it will be answered with a distinction: Yes, and No... it is sufficient to note that the question seems equivalent to another: What type of direction can properly be given by governments and law? Aquinas treats the questions as substantially equivalent,

²⁹ FINNIS, John: *What is the philosophy of law?* Rivista di Filosofia del Diritto 1 (2012) 67-78 Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12-67. <http://winst.org/wp-content/uploads/Finnis-What-is-the-Philosophy-of-Law.pdf> (22 febrero 2014). Pág. 1.

because he has stipulated that a state is a complete community and given *complete community* the purely formal description: a community so organized that its government and law give *all* the direction that properly can be given by human government and coercive *law* to promote and protect the common good, that is, the good of the community and thus of all its members and other proper elements.”³⁰

El Estado o “comunidad completa” de Tomás de Aquino sólo puede existir con un sistema normativo. Es indispensable la ley positiva. Sin el orden jurídico no se conservaría ni se alcanzaría siquiera la estabilidad y seguridad necesarias para el desarrollo de las personas y, por ende, para su plena realización.

1.5. EN LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA

La inquietud de “justicia” es mucho más sentida que pensada. Sentir la exigencia de justicia es algo que captamos todos los días, y no necesitamos de mayores estudios para convencernos de situaciones injustas: los secuestros de niñas y los asesinatos cometidos por Boko Haram, en Nigeria, en nombre de Dios, y en contra de la educación occidental; el asesinato de niños y grupos étnicos por parte de los Yihadistas del Estado Islámico, también bajo la bandera de la religión; las miles de familias desplazadas por una guerra interminable en Siria; los migrantes que buscan aferrarse a una esperanza para conseguir algo de seguridad para los suyos en tierras desprovistas de oportunidades; los cientos de desaparecidos y víctimas colaterales de la guerra entre carteles de la droga...

Pero también, el sentimiento de justicia se manifiesta en la desesperación que se experimenta cuando los procesos judiciales se anquilosan en el tiempo y en los juzgados y los afectados no pueden recuperar lo que consideran que les corresponde. No es raro escuchar, incluso a individuos con preparación, recursos y posición social desahogada, ante la falta de resultados en los tribunales, frases como la siguiente: “me tendré que hacer justicia por mi propia mano”.

Como dice Javier Hervada, para entender la justicia hay que ir al origen: “las cosas están atribuidas a distintos sujetos, o dicho de otro modo, las cosas están repartidas. Ni todo es de todos, ni todo es de la colectividad humana...”

“Las cosas, al estar atribuidas a un sujeto, al estar repartidas, entran en el dominio de un hombre, o de una colectividad: son *suyas*. Aparece lo mío, lo tuyo, lo suyo.

“Este es el supuesto que hace posible la justicia..., pues donde no hay cosas atribuidas o repartidas, donde nadie puede decir esto es mío, no hay cosas *suyas*.”³¹

³⁰ FINNIS, John: *Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 219 y 221-222.

³¹ HERVADA, Javier: *Introducción crítica al derecho natural*, Ed. Minos, 3ª, México 1994. Pág. 23-24.

Y lo que uno tiene como más propio es su dignidad. Por lo tanto, tiene el derecho de reclamar para sí respeto, y todo lo necesario para una subsistencia digna. Es de estricta justicia porque no existe atribución más propia que la dignidad personal.

“Para entender bien la justicia hay que tener presente el siguiente principio fundamental: la justicia sigue al derecho. No puede haber un acto de justicia allí donde no haya un título sobre una cosa, allí donde la cosa no sea – en virtud de un título- algo debido, un derecho. La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo.”³²

Esta idea de Javier Hervada sobre la justicia, como veremos, no es coincidente con la de Finnis. Éste entiende que no es tanto el derecho subjetivo, el que se funda en una norma, aunque sea natural, la que define lo mío o lo tuyo, sino la razón, que nos indica lo que se debe a cada cual. Si bien la conclusión en ambas concepciones es la misma, el matiz es importante. Una, la de Hervada, realza la norma en cuanto norma; la de Finnis, la razonabilidad práctica. Por el momento, aprovecho lo dicho por Hervada para considerar que la justicia implica tener algo que otra u otras personas deben respetar o deben dar o hacer.

Si la justicia o lo justo, por tanto, es lo debido, y a todos se nos debe una vida digna, la pobreza viene a ser una de las caras más chocantes de la injusticia. Ni siquiera los que están en el pequeño círculo de los que más tienen pueden dejar de sentir, en algún momento o en alguna circunstancia, que es “injusta” la situación en la que viven millones de seres humanos. Y que su miseria material no puede quedar simplemente al margen de sus vidas. Que tampoco las ideas darwinianas aplicadas a la economía y a los negocios son los suficientemente convincentes como para dejar de prestar atención a esa situación de *injusticia* social que llama constantemente a las puertas de los que más tienen.

Los pocos o muchos que se desentienden, volviendo la vista a su pequeño mundo de comodidades, sólo provocan desconocimientos y desconsideraciones; injusticia, al fin y al cabo. Y esos desentendidos no quieren escuchar el ronco rumor de rebeldía que se va extendiendo por las apretujadas zonas de marginación y pobreza.

Esa rebeldía espera sólo la chispa para arder y llevar a nuestras sociedades a una rebelión que seguramente generará más injusticias. Sandel dice:

“Too great a gap between rich and poors undermines the solidarity that democratic citizenship requires. Here’s how: As inequality deepens, rich and poor live increasingly separate lives. The affluente send their children to private schools (or to public schools in wealthy suburbs), leaving urban public schools to the children of families who have no alternative. A similar trend leads to the secession by the privileges from other public institutios and

³² *Ibidem*. Pág. 25.

facilities. Private health clubs replace municipal recreation centers and swimming pools. Upscale residential communities hire private security guards and rely less on public police protection. A second or third car removes the need to rely on public transportation. And so on. The affluent secede from public places and services, leaving them to those who can't afford anything else.

"This has two bad effects, one fiscal, the other civic. First, public services deteriorate, as those who no longer use those services become less willing to support them with their taxes. Second, public institutions such as schools, parks, playgrounds, and community centers cease to be places where citizens from different walks of life encounter one another. Institutions that once gathered people together and served as informal schools of civic virtue become few and far between. The hollowing out of the public realm makes it difficult to cultivate the solidarity and sense of community on which democratic citizenship depends."³³

Pero la brecha entre ricos y pobres no sólo se da entre los individuos de una sociedad, sino entre estados. Los países desarrollados se han convertido en el destino de millones de pobres o de refugiados, que para el caso, es gente caída en la pobreza por las guerras o el terrorismo. La migración, como en otras tantas situaciones de desgracia, no sólo origina gestos y actitudes de generosidad, sino también de xenofobia. Lo que implica más injusticia, con el agravante de que aún cuando se contuviera el odio y se acogiera a los migrantes y refugiados, la cadena no terminaría, porque en realidad los países ricos no están atacando las causas de la crisis, sino, en el mejor de los casos, buscando sólo resentir el menor daño posible.

Parece como si los gobiernos de los países desarrollados estuvieran maniatados por los intereses de las grandes corporaciones mercantiles, y no pudieran maniobrar para erradicar las causas de los problemas, porque hay intereses ocultos que prefieren que dichas causas crezcan y se hagan más apremiantes.

Como dice José Miguel Serrano Ruiz-Calderón: "El neocorporativismo es ya una poderosa realidad occidental y pone de manifiesto el decisivo papel que los regímenes teóricamente inorgánicos terminan reconociendo a la representación orgánica para resolver algunos de los más graves problemas sociales."³⁴

Los sistemas legales, en general, se presentan todos enarbolando el tópico de la justicia. Están hechos para eso: para lograr que a cada quien se le respete y se le dé lo suyo.³⁵ "En el caso del derecho el fin intrínseco es la justicia, que es a lo que se dirige el derecho y lo que justifica la totalidad de la actividad relacionada con el

³³ SANDEL J., Michael, *Op. Cit.*, pág. 266-267.

³⁴ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Neocorporativismo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense" (Madrid, 1989), no. 74. Pág. 814.

³⁵ La definición de Ulpiano de justicia, recogida en el Digesto: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"

mismo...”³⁶ Sin embargo, no consiguen satisfactoriamente su objetivo. Siempre se tiene el resabio de que las leyes, aún y cuando pretendan ser un sistema completo, no tienen la capacidad para llenar el horizonte de la justicia. Y que más allá de lo legal, tiene que actuarse una serie de virtudes como la nobleza, la magnanimidad y la comprensión para que la persona obtenga lo que le es debido.

En cuanto a la pretensión de plenitud del sistema jurídico, “La dogmática (jurídica) arranca de la consideración del derecho ‘como sistema de reglas impuesta por el poder que tiene el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad’, del ordenamiento jurídico, que es hermético, completo y autosuficiente. Se parte de la suficiencia y autonomía del sistema legal, que se considera perfecto a efectos prácticos y se comprende con la teoría positivista del ordenamiento jurídico. La perfección del sistema legal se atribuye a que posee las propiedades de un sistema formal: a) que es coherente, porque impide demostrar una proposición y su negación, dentro de él; b) que es completo, porque facilita la demostración o la negación de cualquier proposición formulada; c) que no es ambiguo porque los signos y las reglas de manejo o demostración tienen un sentido unívoco que elimina todo desacuerdo o controversia concerniente a su evidencia y que, consecuentemente, no haya más de una regla precisa para cada situación.”³⁷

Por eso, se sostiene que la justicia debe ser acompañada de la equidad (*aequitas*): “Poiché la giustizia non può avere solo un carattere cosale, dev’essere accompagnata dalla virtù della *aequitas*. Il suo compito è quello di completare l’aspetto cosale con la considerazione della persona di colui che ha un debito di giustizia e di colui che detiene il diritto corrispondente. L’*aequitas*’ può per es. esigere che si prolunghi la scadenza della restituzione di un prestito, quando il mantenimento della scadenza comporterebbe un grave onere per il debitore. Quando la giustizia non viene completata dall’ *aequitas*’, può fácilmente succedere che il diritto oggettivo si trasformi in ingiustizia: ‘*summum ius summa iniuria*’”³⁸

“En la balanza de la justicia, cada uno pesa lo que pesa su derecho. Por eso, la justicia es insuficiente para el desarrollo de la vida en sociedad y para resolver los problemas sociales: hacen falta la solidaridad, el amor, la liberalidad, etc.; sólo así pueden encontrar solución los problemas sociales y la vida social adquiere todo su rostro humano. Limitarse a dar a los demás lo justo deshumanizaría la convivencia humana.”³⁹

³⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 108.

³⁷ *Ibidem.* Pág. 212.

³⁸ GÜNTHER, Anselm: *Chiamata e risposta*, Ed. Paoline, Roma 1979, Vol. III, Pág. 103-104.

³⁹ HERVADA, Javier: *Op. Cit.* Pág. 38.

1.5.1. Legalidad y seguridad jurídica

En los tribunales, máxime cuando se siguen los conceptos de la escuela de la exégesis o de la pandectística⁴⁰, los justiciados se quedan con la sensación de que realmente no se les hizo justicia. Impecable el procedimiento desde el punto de vista legal, pero carente de esa *prudentia* y sabiduría que daría al juez la posibilidad de descubrir la verdad real y no sólo la verdad legal. Ésta la puede crear, a los ojos del juzgador, la habilidad del litigante. La primera sólo puede descubrirse con la *auctoritas* de quien comprende la naturaleza humana y lee entre líneas lo que las leyes marginan o se queda latente por el rigorismo de los términos procesales.

Se sigue pensando todavía, por lo menos en la mayoría de los países latinos, en la forma que lo expresó Gustav Radbruch antes de la segunda guerra: “Dovere professionale del giudice è di rendere operante la volontà di legge, sacrificando al comando giuridico dell'autorità il suo sentimento del giusto, e domandandosi solamente che cosa sia legittimo, non già che cosa sia giusto.”⁴¹

La razón de seguridad jurídica prevalece todavía sobre la de justicia. Juzgar en base a ésta, sin contar con hombres sabios y prudentes al frente de los tribunales, puede acarrear más injusticias que las que trae consigo el sistema legalista. Como lo dijo Arthur Kaufmann: “El descuido de la positividad es un peligro para la *seguridad*; el de la justicia lo es para el *derecho*”.⁴²

En la práctica, lo que ha se ha vivido hasta hace no mucho tiempo, es un legalismo a ultranza. Como dice García Máynez, “...Los defensores de la legalidad declaran que las leyes deben ser cumplidas y aplicadas porque son leyes no porque sean justas.”⁴³.

La aplicación de las normas positivas, con independencia de cualquier otra consideración, vino a dar fuerza a la alicaída corriente de la escuela exegetica del iluminismo francés de finales del siglo XVIII y de la primera mitad del siglo XIX: el derecho es lo legislado y recogido en los códigos. Fuera de ello, no hay derecho.

En la resolución de los conflictos judiciales se pretende la legalidad aunque ello pueda golpear brutalmente la justicia. En palabras de Bobbio: “... se entiende por “formalismo jurídico” cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la

⁴⁰ Simple aplicación de la ley. Legalismo absoluto. “... para la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos el derecho no es más que un sistema más o menos cerrado y completo de normas, que se aplica literalmente o de modo lógico-deductivo...” MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, *Op. Cit.* Pág. 131.

⁴¹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 287.

⁴² Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Positivism Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo.* Op. Cit. Pág. 154.

⁴³ *Ibidem.* Pag. 30.

cual acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella... El término más común para designar esta teoría es “legalismo”... La concepción legalista de la justicia, formulable en su pureza de la siguiente manera: “la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley” (reducción de la justicia a la validez)...”⁴⁴

“Una de las consecuencias del positivismo ha sido el legalismo, con la consiguiente pérdida del sentido de la equidad, de manera que los jueces suelen ser remisos en la aplicación de la equidad y particularmente lo son a reconocer y aplicar el citado principio general (de que las leyes no obligan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incómodo).”⁴⁵

Los abogados y los mismos jueces suelen decir: no es justo pero es legal. “Una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa”.⁴⁶ Se piensa, bajo la égida del iluminismo revolucionario francés y del formalismo jurídico kelseniano que permitir a los jueces hacer justicia sería tan perjudicial como la inseguridad jurídica. “El jurista sólo tenía permitido averiguar la voluntad real del legislador expresada en la letra de la ley, cualquier intento de introducir innovaciones en la ley al margen de la voluntad del legislador exigía ser rechazado por ser contrario al principio de separación de poderes (una de las ideas centrales de la Ilustración, que subsiste) que asignaba la creación de derecho al parlamento, reservando para los jueces la aplicación mecánica, pasiva e impersonal de sus disposiciones. La innovación sería también contraria a la idea de soberanía popular delegada al parlamento y a su racionalidad intrínseca y definitiva.”⁴⁷

La excusa para seguir aferrándose a la legalidad es la seguridad jurídica. Se aduce que dejar a los jueces la libertad para decidir en conciencia, en base a la justicia, distorsionaría el sistema legal, y entraríamos a un campo minado en el que los peticionarios de justicia estarían expuestos a los criterios que sobre “la justicia” tuviera el juez al que le tocara conocer de su caso. Y que, por lo tanto, es mejor apegarse a la legalidad, aun a costa de cometer algunas injusticias, que proceder con amplitud de criterio porque entonces seríamos reos de la arbitrariedad y pocas veces se alcanzaría la justicia.

Este argumento de la seguridad jurídica lo adujo en su momento y en defensa de sí mismo, un juez del Tribunal del Pueblo nacional socialista acusado de haber participado en sentencias que condenaron a muerte a personas bajo las leyes nazis: “El deber profesional de juez consiste en hacer valer la voluntad de vigencia de la ley, en sacrificar su propio sentimiento jurídico a la orden jurídica dotada de

⁴⁴ BOBBIO, Norberto: *El Problema del Positivismo Jurídico*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2ª, 1992. Págs. 13-14.

⁴⁵ HERVADA, Javier, *Op. Cit.* Pág. 70.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto: *Op. Cit.* Pág. 16.

⁴⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 37.

autoridad, en tan sólo preguntar qué es lo jurídico y nunca si también es justo. Desde luego, uno quisiera preguntar si este deber del juez, si este *sacrificium intellectus*, esta entrega incondicional de la propia personalidad a un orden jurídico cuyos cambios futuros nadie puede ni siquiera sospechar, es éticamente posible. Pero, por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, se ha visto que siempre, por su propia existencia, cumple *un* objetivo, el de la seguridad jurídica. Por ello, el juez, al ponerse al servicio de la ley sin tomar en cuenta su justicia, no se pone, sin embargo, al servicio de objetivos meramente casuales de la arbitrariedad. Aun cuando, porque así lo quiere la ley, deje de estar al servicio de la justicia, sigue siempre estando al servicio de la seguridad jurídica. Despreciamos al párroco que predica en contra de sus convicciones pero honramos al juez que en su fidelidad a la ley no se deja extraviar por su sentimiento jurídico opuesto.”⁴⁸

El principio rector en los juicios es, y se dice que para bien de todos, la certeza de lo que dice la ley escrita, y no tanto la determinación de la verdad real. La sentencia firme crea la verdad jurídica, aunque ésta pueda no corresponder a la realidad. Porque si una de las partes en el proceso no tuvo la precaución de aportar pruebas en el momento procesal oportuno, abrió la posibilidad para que resulten improcedentes sus reclamaciones, no obstante que el buen sentido común señala que le asiste la razón y que el incumplido en sus obligaciones es la contraparte.

“Considerar justo a aquello que es conforme a la ley, significa emitir un juicio positivo con prescindencia de cualquier otra consideración moral, sobre un orden estable de la sociedad que reposa en la certeza más que en la equidad; definir el derecho como un instrumento para la realización de los más diversos fines sociales, caracterizado por la técnica de la coacción o de la eficacia reforzada, significa poner el acento sobre el conjunto de medios indispensables para la conservación duradera de un determinado grupo social; atribuir al intérprete del derecho una tarea de reconstrucción conceptual y sistemática, más que de valoración de los intereses y de los fines sociales, significa una vez más rendir homenaje, en el momento de la aplicación, a los ideales del orden, de la certeza, de la estabilidad, de la paz social, más que al de la justicia substancial.”⁴⁹

Incluso Santo Tomás es un rígido defensor de que el juez se apegue a las leyes, aun y cuando tenga conocimiento de la verdad real. “... iudex si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus vincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniat occasionem liberandi innocentem... Si autem, hoc non potest, debet eum ad superiorem remittere iudicandum. Si autem nec hoc potest, non peccat secundum allegata sententiam ferens: quia non ipse occidit innocentem, sed illi qui eum asserunt nocentem. Minister autem iudicis condemnantis innocentem, si essentialiter intolerabilem errorem contineat, non debet obedire: alias excusarentur carnifices qui

⁴⁸ Citado por Ulrich KLUG en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Ed. Fontamara, 2ª reimpresión, México 2002, (Traducción de Jorge M. Seña). Pág. 11.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto: *Op. Cit.* Pág. 34.

martyres occiderunt. Si vero no contineat manifestan iniustitiam, non peccat praeceptum exequendo: quia ipse non habet discutere superiores sententiam; nec ipse occidit innocentem, sed iudex, cui ministerium adhibet.”⁵⁰

1.5.2. Actividad jurisprudencial y derechos humanos

Existe un acuerdo, casi generalizado, de que juzgar con la libertad de quien es suficientemente sabio y prudente, honrado y maduro, ilustrado y conocedor de la condición humana, sería lo ideal. Juan Antonio Martínez Muñoz propone un modelo basado en la forma como resolvían los pretores romanos o como se hacía en la Edad Media, resaltando “la jurisprudencia como una actividad profesional e intelectual de carácter artístico y que, obviamente, tiene un fuerte componente personal”. En tal sentido, dice: “... la noción de jurisprudencia... tiene que ver con la posibilidad de que haya un conocimiento del derecho que no sea puramente teórico o descriptivo de una realidad constituida o acabada que le viene dada al jurista, sino de algo que se construye a la par que se estudia o, mejor, con el estudio, algo que tiene que ver con la idea de que el conocimiento del derecho es un saber práctico y va unida a la rehabilitación de la razón práctica. Este modo de entender la jurisprudencia se relaciona con que el jurista no tiene un papel meramente pasivo o receptivo con respecto a unos datos que se encuentran suficientemente configurados y que dependen del desenvolvimiento social, de las fuerzas dominantes o de la actividad del poder político o sus agentes, sino que el jurista tiene un papel activo, hasta el extremo de que el derecho es el resultado de su actividad y que, por tanto, está vinculado a esa actividad, de la que es responsable y de la que tiene que dar un explicación pública en diferentes niveles, profesional (como en Roma), intelectual (como en la Edad Media), pero también, y esto es lo que quiero añadir, personal y artística (que implícitamente estaban en el mundo medieval y, en menor medida, también en Roma y en el derecho anglosajón y podemos encontrar en lo que éstos nos han legado).”⁵¹

Sin embargo, se tiene la sensación de que algo así es imposible; que ello está fuera del alcance de la realidad. Precisamente porque las cualidades, la independencia y la imparcialidad de ese hombre, que no es lo común encontrarlo al alcance de la mano, lo hacen una especie única y ello conllevaría a hacer inviable la administración de justicia.

Con todo, un hombre así, tipo el *Spoudaios*⁵² aristotélico, sería el que determinaría con meridiana claridad lo que le corresponde a cada uno en una

⁵⁰ Sm. Th. II-II. q. 64, a. 6 ad 3.

⁵¹ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 423-424.

⁵² “...*spoudaios*, the serious, morally weighty, mature persona whose views and conduct deserve to be taken seriously –the right-minded person, a person of practical reasonableness and integrated character, a persona who is (in that rich sense) truly virtuous.” FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; *Op. Cit.* pág. 48.

controversia; el que estaría por encima de la legalidad para declarar o reconocer el derecho que corresponde a cada quien.

Durante muchos años, quizás desde principios del siglo XIX, con la codificación de por medio, los jueces han sido meros aplicadores de las normas, en aras de la seguridad jurídica. Y precisamente porque el hombre sabio (*spoudaios*) del que hablaba antes no se da fácilmente, y si llega a encontrarse, sería imposible que atendiera todas las demandas y reclamos de quienes se sienten agraviados en una sociedad, hay que establecer tribunales suficientes aun a costa de que decidan sin la sabiduría requerida.

Autorizar a quien se le ha otorgado la facultad de decidir el derecho a que juzgue según su leal saber y entender, atraería, sostiene el legalismo, todas las funestas maldiciones que la falta de madurez, de imparcialidad, de conocimiento, sabiduría y prudencia acarrearán los que tienen facultades decisorias en una comunidad, sin la sabiduría y *autorictas* requeridas.

Manuel Aragón Reyes, catedrático de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, enfatiza que en Europa y, por tanto, en España, “el parlamentarismo, la codificación, la idea rousseauniana de ley, la separación estricta entre Parlamento y Poder judicial han sido unos factores que, desde el siglo XIX hasta hoy, generaron un sistema político y jurídico que tiene como una de sus bases fundamentales la vinculación de los jueces a la ley y, por lo mismo, la prohibición de que puedan disponer de ella.”⁵³

La impresión, y el sentimiento de justicia en muchos es que un sistema legalista no necesariamente es justo; incluso, que en la mayoría de los casos es injusto. Y que el acartonamiento de los procesos judiciales inhibe a los juzgadores en lo que sería su función primordial: hacer justicia.

En octubre de 1998, la Suprema Corte de Justicia, en México, resolvió una contradicción de tesis en lo que fue conocido como el tema del anatocismo. Si era o no legal que se cobrara intereses sobre intereses, o, como la Corte lo definió: la legalidad de la capitalización de los intereses. El tema fue del mayor interés social, porque se encontraban pendientes en los tribunales muchos asuntos en que los Bancos y/o el Fideicomiso constituido por el Gobierno con la cartera vencida que “compró” a las instituciones de crédito para evitar su quiebra, después de la crisis de diciembre 1994 - enero 1995, reclamaban, precisamente, de muchos particulares agobiados por las deudas, el pago de intereses capitalizados.

El resultado del estudio realizado por la Suprema Corte en este caso fue el establecimiento de 14 tesis de jurisprudencia y otras seis aisladas, y, con ello, la determinación de que en el sistema legal mexicano no existe el término

⁵³ ARAGÓN REYES, Manuel: *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. En *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, Compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez, Ed. Porrúa, 2ª, México, 2008, pág. 161.

“anatocismo” y que no es ilegal, si se pacta entre las partes, la capitalización de intereses. Esta decisión de la Corte exacerbó el sentimiento, en gran parte de los deudores de la banca, de que no se hacía justicia.

Uno de los Ministros que participaron en todo el proceso y que se opuso a la decisión de la mayoría, Don Juventino V. Castro, publicaría, días después del fallo, su voto disidente y algunas reflexiones en torno a la justicia, y particularmente a la justicia que debe buscar el juez: “Ningún jurista, ni el más apegado a un actuar solamente dentro y para el derecho positivo; ningún intérprete jurídico, ni el más exegetico, puede evadir el tener que pronunciarse sobre cómo debe entenderse y aplicarse **la justicia o lo justo** en relación a la interpretación de las normas jurídicas positivas. Me pregunto –para estar a lo *legalmente* establecido–, cómo esas personas que tienen la obligación de aplicar la ley, cuando tengan por ejemplo, la obligación de utilizar –y vuelvo a ejemplificar–, la fracción IV del artículo 215 del Código Penal en materia federal, que considera abuso de autoridad aquel caso en que una autoridad encargada de administrar justicia ‘se niegue *injustificadamente* a despachar un negocio pendiente ante él’. Tampoco me explicaría cómo, en manteria civil, un juez que ignorara los más profundos conceptos de justicia pudiera explicar –exegeticamente–, el artículo 2395 del Código Civil del D.F., que precisa el interés legal en esa materia (9%), aunque permitiendo un interés convencional fijado libremente por los contratantes, afirmando a continuación: ‘pero cuando el interés sea tan *desproporcionado* que haga *fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario*, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá reducir *equitativamente* el interés hasta el tipo legal’.

“Jurista sin un concepto –*profundo*– de lo justo y de lo injusto, de lo equitativo y de lo inequitativo de una norma jurídica, tendría dificultades para aplicar este tipo de disposiciones, que no sólo *permiten* reducir un interés pactado por las partes (*pacta sunt servanda*), sino que obligan a los jueces a actuar en tal forma, a riesgo de no cumplir con su deber legal. Ello solamente se puede hacer *en justicia*.”⁵⁴

Ese mismo sentimiento, de falta de justicia, no obstante el legalismo al que se apegan los tribunales, se ha expresado en los años recientes a través de las denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Agotadas todas las instancias legales en México, se espera que la Comisión presente ante la Corte IDH el caso correspondiente para alcanzar justicia.

No obstante el legalismo que sigue imperando en nuestros sistemas de tradición románica, se está abriendo un hilo de luz para pensar que sí se podría llegar a caminar por un sendero en el que, sin salirnos de las estructuras de la legalidad, los impartidores de justicia apliquen más la prudencia y la sabiduría que la letra de la ley.

⁵⁴ CASTRO, Juventino V.: *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley injusta, Un fallo histórico respecto al llamado “anatocismo”*, Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª. 2001. Pág. 126-127.

Con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México (junio del 2011), introduciendo el principio *pro persona*⁵⁵, y con la nueva Ley de Amparo, se otorgan facultades a los jueces, no importando su competencia jurisdiccional, para proteger los derechos fundamentales y declarar incluso inconstitucional una norma vigente, que deberían, anteriormente a esta reforma, aplicar sin más.

El 23 de enero del 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió amparar a Florenz Cassez, ciudadana francesa, que el 9 de diciembre del 2005 había sido arrestada y acusada de cómplice en el secuestro de por lo menos dos personas. Después de ser sentenciada en primera y segunda instancia a sesenta años de prisión, y de que un Tribunal Colegiado le había negado el amparo, el asunto fue analizado, en revisión, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia. En su resolución la Corte ordenó la inmediata liberación de Cassez por violación a diversos derechos fundamentales: la falta de asistencia consular; la falta de puesta a disposición inmediata al Ministerio Público; y la violación al derecho de presunción de inocencia.

La resolución de la Corte generó los más variados comentarios. Isabel Miranda de Wallace, activista en contra del secuestro, dijo que la Corte, con su amparo a Cassez, le abría la puerta a la impunidad; que con esa decisión quedaría libre muchísima gente; y que el país iría peor en cuestiones de seguridad. Carlos Alazraki, publicista, escribió: “En primer lugar, estamos muy enojados y frustrados porque saliste libre. En segundo lugar, todos los mexicanos sabemos perfectamente bien que eres parte del grupo que secuestró a la pobre señora...”⁵⁶

También hubo comentarios a favor de la resolución. Luis de la Barreda, exomibusman de la ciudad de México, publicó un libro⁵⁷ en el que somete a análisis el caso procesal de Cassez, concluyendo que la resolución de la Corte es correcta al considerar las violaciones a los derechos fundamentales. La periodista Anabel Hernández declaró que el caso Cassez revelaba las malas prácticas policiacas. Otros opinadores condenaron e hicieron responsable a Genaro García Luna, el entonces Secretario de Seguridad Pública y Jefe de la Policía Federal, de la mediatización del caso, y sobre todo de lo que la Corte llamó “el efecto corruptor” en todo el proceso,

⁵⁵ Precedente de esta importantísima reforma, fue el caso Radilla. El 23 de noviembre del 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Mexicano por la violación a los derechos humanos del Sr. Rosendo Radilla Pacheco y de varios de sus familiares. A raíz de esta sentencia, fue reformada nuestra constitución para “reconocer” (ya no otorgar) a “todas las personas” (ya no individuos) “los derechos humanos” (ya no garantías individuales) especificados en la propia Constitución y también en “los Tratados Internacionales” de que México sea parte. El Sr. Rosendo Radilla Pacheco fue desaparecido forzosamente por elementos del ejército mexicano en el año de 1974, (durante lo que se ha llamado “período de la guerra sucia” en México) sin que a la fecha se tenga noticia de su paradero o se hayan identificado sus restos.

⁵⁶ http://www.razon.com.mx/spip.php?page=columnista&id_article=245501

⁵⁷ ¿Culpable?, Ed. Grijalbo.

lo que vició el material probatorio: un montaje de la liberación de los secuestrados, transmitido, como si fuera en vivo, por las cadenas de televisión nacional.

La sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene la defensa y primacía de los derechos fundamentales, no obstante el convencimiento, incluso entre los defensores de la resolución, de la culpabilidad, al menos en un cierto grado, de Cassez. Como muchos dijeron: Cassez no quedó libre por ser inocente, sino por violaciones al debido proceso legal. Las víctimas, por supuesto, no quedaron satisfechas con la resolución favorable a Cassez, y manifestaron que se comentía una grave injusticia al decretar: “En consecuencia, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revoca la sentencia recurrida y ordena la absoluta e inmediata libertad de Florence Marie Louise Cassez Crepin.”⁵⁸

El núcleo reflexivo de la sentencia en comento es el siguiente:

“Como señalamos en su momento, y por las circunstancias específicas de este caso, la violación a los derechos fundamentales a la notificación, contacto y asistencia consular; a la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público y a la presunción de inocencia –en los términos aquí expuestos– han producido un efecto corruptor en la totalidad del proceso seguido en contra de Florence Marie Louise Cassez Crepin, viciando tanto el procedimiento en sí mismo como sus resultados.

“...La solución adoptada en la presente sentencia resulta, además, acorde con el contenido del artículo 1º constitucional, cuyos párrafos segundo y tercero deben entenderse como una obligación genérica para el Estado mexicano orientada a buscar, siempre y en todo momento, una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los gobernados, reconociéndose la imperiosa necesidad de adoptar las medidas que resulten necesarias para reparar integralmente las violaciones cometidas contra dichos derechos.”⁵⁹

1.6. ¿QUÉ JUSTICIA?

Ha sido precisamente a raíz de diversas resoluciones de la Corte IDH en las que México resultó condenado que se han realizado importantes reformas constitucionales en el marco de los derechos humanos, haciendo expreso el principio *pro-persona* y, en consecuencia, su defensa no sólo por el órgano tradicional de control constitucional: la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados, sino también por cualquier Juez, incluso del fuero común.

Esta práctica novedosa en el sistema jurídico mexicano contradice uno de los fundamentos medulares del pensamiento kelseniano: toda norma es válida y

⁵⁸ Cfr. Resolución en: https://www.scjn.gob.mx/pleno/documents/proyectos_resolucion/adr-517_2011.pdf. Pág. 145.

⁵⁹ *Ibidem*.

aplicable, independientemente de su contenido, si fue formalmente creada, de acuerdo a los procesos de la norma fundamental o constitución: “Una norma vale como norma de Derecho únicamente porque nació de cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue producida con arreglo a un método específico... Por eso, la norma fundamental de un orden jurídico no es más que la regla fundamental con arreglo a la cual deben crearse todas las normas de ese orden... Cuando las normas particulares de un sistema jurídico son referidas a una norma fundamental, se da a entender que la creación de las mismas se ha realizado con arreglo al método establecido en aquella norma fundamental.”⁶⁰

No es raro que los abogados litigantes, ante la necesidad de defender a sus patrocinados, busquen la forma, puramente legal, de retrasar los procedimientos para conseguir desgastar al oponente y conseguir, si se puede, un convenio, que, de otra forma, difícilmente se obtendría. O trabajan acuciosamente para encontrar un hueco en los fundamentos de ley aducidos por el reclamante y asentar, sólo con criterios de coherencia meramente legal, un golpe que puede inclinar la balanza, como un boumerang, en contra del peticionario de un derecho.

El tema antes enunciado nos encaminaría por la deotología jurídica. Y no es el caso para el estudio que me propongo. Pero sí considero importante mencionar que la “justicia” puede, y de hecho en la práctica se da, ser instrumentalizada a través de la habilidad con que un litigante puede usar la ley a su favor. Esta observación se relaciona, para los fines de esta tesis, con el interrogante de si, con independencia de la “justicia legal”, y por encima de ella, existe una justicia real. Si la victoria en un caso judicial implica de hecho que se haga justicia, o si dicha victoria puede desencadenar una serie de injusticias y, en algunos supuestos, hasta un descontento social: la absolución de Darren Wilson, el Policía de Ferguson, Misuri, que disparó al joven afroamericano, Michael Brown, el 9 de agosto del 2014, es un ejemplo actual de ello.

Dicho de otra forma: si no obstante las limitaciones, consentidas o negadas, pero existentes, de todo sistema legal, podemos sostener que el derecho es un instrumento, el más idóneo y eficaz, para realizar la justicia, y si esta justicia se identifica con lo legal, a pesar que no guste a los que sean desfavorecidos por una resolución judicial; o si, sin desconocer las sentencias de los tribunales y su función, podemos esperar, racionalmente, una justicia tan real y tan concreta que, al final de cualquier pretensión en contra, sea reconocida y aceptada tan plenamente como se impone la verdad ante la duda.

¿Qué clase de justicia es esa a la que me estoy refiriendo, y por qué es tan central al estudiar la teoría iusnaturalista de John Finnis? En el párrafo siguiente apunto algunas ideas sobre diversas concepciones de la justicia, y la que se desprende justamente de la teoría iusnaturalista clásica, retomada por Finnis.

⁶⁰ KELSEN, Hans: *Op. Cit.* Pág.48-49.

1.6.1. Diversas Aceptaciones

Ni siquiera entre los propios iusnaturalistas se da coincidencia sobre lo que se debe entender por justicia. La justicia, como ya lo he mencionado, es un concepto siempre querido y sentido por los hombres, pero igualmente impugnado y hasta negado. Como dice el Profesor Nirmal, Catedrático de leyes en Banaras Hindu University: “Ideas of justice have not only inspired and influenced legal systems and legal institutions but have also made a profound impact on political philosophy and jurisprudence since the dawn of civilization. Yet justice as a concept is vague and has a ‘protean face’ in the sense that it is capable of change, assuming different shapes with a variable content. No wonder then, there is no unanimity among jurisprudences on the meaning and content of justice. Although a confusing variety of theories of justice propounded by philosophers and legal thinkers in the past and present attempt to explain and clarify the conceptual conception of justice, due to diversity of their approaches or perspectives to the problem of justice, the endemic debate on justice is not coming to an end. Desperation and frustration generated by failures to unravel and demystify the ideas behinds the concept of justice have overtaken some jurists to such a great extent that they view the ‘conceptions of justice’ as irrational ideals.”⁶¹

La estrecha relación existente entre moral (lo hay que hacer y lo que hay que evitar) y justicia (lo que se debe dar a cada persona) hace que, a lo largo de la historia, y dependiendo de la concepción antropológica que se adopte, se afirme, o una justicia absoluta (la idea de justicia platónica, que más que absoluta es aspiracional; y la basada en la naturaleza racional del hombre); o, por el contrario, y en los tiempo modernos más comúnmente, la relatividad de todo lo que implique o tenga sello de moralidad.

Incluso, según Sandell, se llega a decir que la moral no es otra cosa que la imposición de las propias ideas. En sus palabras: “We sometimes think of moral reasoning as a way of persuading other people. But it is also a way of sorting out our own moral convictions, of figuring out what we believe and why.”⁶²

La vida práctica en sociedad exige la actuación de una justicia incluyente, porque la exclusión es ya una de las caras más deformes de la injusticia. Y también exige una justicia imparcial y objetiva, porque el favoritismo y el subjetivismo hieren la experiencia que todos tenemos de la justicia. No debiera, por tanto, ser muy complicado determinar el concepto de justicia; y no debiera tampoco crear disonancias y contrastes entre los teóricos. Sin embargo, la realidad es que, tanto en las explicaciones como en las asunciones prácticas, se dan diferentes conceptos de justicia. Desde las que se apoyan directamente en la religión, hasta las puramente

⁶¹ www.bhu.ac.in/lawfaculty/.../4_BC_NIRMAL_NATURAL%20LAW.doc (28 noviembre 2014) *Natural Law, Human Rights and Justice. Some Reflections on Finnis's Natural Law Theory*. Pág. 28

⁶² SANDEL J. Michael: *Op. Cit.* Pág. 25

materialistas. Así como las que subrayan el individualismo a costa de la comunidad; o exaltan a ésta a precio de disminuir al individuo.

En este trabajo sobre la tesis iusnaturalista de Finnis, trataré de hacer ver que sólo el concepto de justicia basado en la racionalidad del ser humano satisface completamente las aspiraciones de justicia que experimentamos día a día. Sólo a modo de ilustración sirva el breve repaso que en seguida presento, de los conceptos de justicia que considero ajenos a esa experiencia de la que he venido hablando.

1.6.2. El concepto de justicia teológico

El concepto que a mi parecer cumple con las exigencias teoréticas y, consecuentemente, con las que requiere la práctica social, es un concepto que no se desprende necesariamente de una religión determinada, ni siquiera de una base teológica, cualquiera que ésta pueda ser. En una sociedad multicultural y plurireligiosa, un concepto teológico y/o religioso de justicia nos llevaría, como de hecho está llevando a muchas regiones del mundo, a la intolerancia, a la conversión forzosa o al desplazamiento de las minorías, si no es que también a su masacre y extinción.

Esos hechos son la evidencia más constringente de la injusticia. Si lo que un concepto de justicia produce es injusticias lacerantes, entonces, sin necesidad de más razonamientos, tendríamos que concluir que tal concepto es erróneo.

El concepto religioso de justicia sería, en pocas palabras, el siguiente: Dios manda que todos los hombres creamos en Él. La infidelidad, la apostasía o el ateísmo son contrarios a este mandato. Luego, la justicia exigida por el mandamiento divino sólo se realiza si se excluyen los pecados antes indicados. En este concepto encuentran respuestas y fundamento las conversiones forzosas a la religión, la intolerancia, y las causas en contra de los herejes.

La inquisición, cuya misión era conservar la integridad de la doctrina católica, se convirtió en un instrumento de conservación del *status quo*. Para algunos príncipes fue la institución adecuada para mantener, a hierro y fuego, la unidad de su reino. Y para la historia posterior, el símbolo de la intolerancia.

“Ya que las normas tienen que ser creadas por una voluntad, la naturaleza, de la cual se deducen normas, tiene –como autoridad creadora de normas– que tener una voluntad. Una naturaleza provista de una voluntad es o una “superstición animista” o, si no, una naturaleza creada por Dios y en la cual se manifiesta, por lo tanto, la buena voluntad de Dios. La voluntad de la naturaleza es la voluntad de Dios en la naturaleza.

“Esta concepción teológico-religiosa se encuentra en el fundamento de la doctrina del derecho natural, en tanto que ella sostiene la inmanencia del valor en la realidad, de las normas en la naturaleza.”⁶³

Kelsen, cuando critica el iusnaturalismo, tiene en mente un concepto de justicia originada en la moral. Y la moral impuesta por la costumbre o por un líder religioso. Así lo dice: “... cuando una moral positiva vigente en una comunidad, creada por costumbre o por el fundador de una religión como Moisés, Jesús o Mahoma, manda una conducta determinada, ella manda, a la vez, reaccionar en cierta forma frente a las conductas de los otros: con manifestaciones de ‘desaprobación’ frente a la conducta contraria a la moral y con manifestaciones de ‘aprobación’ frente a la conducta conforme a la misma.”⁶⁴

“No cabe la menor duda del origen religioso y metafísico de la doctrina iusnaturalista que ha dominado en los siglos XVII y XVIII, que después de un retroceso en el siglo XIX, ha pasado junto con la especulación religiosa y metafísica, al primer plano de la filosofía jurídica y social en el siglo XX, como consecuencia de dos guerras mundiales y como reacción contra el nacionalismo, el fascismo y, en particular, el comunismo.”⁶⁵

Sería muy difícil, si no es que imposible, establecer criterios de justicia desde una perspectiva teocéntrica, en un mundo en el que la libertad religiosa y la libertad de pensamiento es reconocido de manera universal. No es irracional o sin sustento teórico la fundamentación trascendente (la causa final) del actuar humano; y, consecuentemente, de la justicia. Esa finalidad última que aspira y trasciende lo puramente material, es precisamente la que ilumina y da sentido a la vida del ser humano. Sin embargo, en una sociedad secularizada, en la que Dios dejó de ser el centro y fue echado a la periferia, no es posible, ni siquiera prudente, comenzar la argumentación desde esa perspectiva.

Así como en las ciencias naturales se dio la revolución copernicana, así en la filosofía se cambió el centro de atención. Desde el renacimiento todo gira en torno al hombre. Incluso, la soberanía dejó, hace muchos siglos, por lo menos en occidente, de residir en el designio electivo de Dios. Es el pueblo, en la doctrina y en la práctica de la mayoría de los Estados, el único soberano.

En estas circunstancias, en que el espacio central lo viene ocupando, desde el siglo XV hasta nuestros días, el hombre, no es práctico adelantar la fundamentación trascendente, como antes se indicó, sin antes encontrar un área aceptable, por lo

⁶³ KELSEN, Hans: *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. Artículo publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, número. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pág. 188.

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 185.

⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 188.

menos para la gran mayoría, de diálogo y de interés común. Este espacio es precisamente el antropocentrismo.

El hombre es el centro de las preocupaciones y aspiraciones en la sociedad moderna. Los gobiernos están para proteger y servir al hombre. Las instituciones intermedias deberían igualmente tener por objetivo el desarrollo y realización del ser humano. La tecnología, al menos en su propaganda, señala que es para beneficio del hombre.

El riesgo es que, con la excusa del desarrollo de la humanidad, se manipule al hombre individual y se le encajone en espacios acotados para que pierda conciencia de su valor personal y se sienta seguro sólo en el grupo, recree su autoestima sólo en “lo general”, y se diluya en ello.

“Parece evidente que ‘El intento de corporativizar la sociedad desde arriba, mediante la creación de corporaciones fuertemente dominadas por el Estado produce la conversión de las mismas en órganos estatales, con lo que la supuesta articulación social se queda en algo puramente nominal...’.”⁶⁶

1.6.2.1. *El hombre: espíritu encarnado*

El problema, sin embargo, es determinar de qué hombre, en este antropocentrismo, estamos hablando: de un ser solamente material, sin dimensión trascendente, ocupado sólo en sus quehaceres inmediatos y completamente determinado y/o condicionado por las circunstancias que le rodean. O de alguien que, inmerso, pero no sumergido, en la historia, es consciente de que vivir en sociedad es construirla, es aportar, es realizar aquello que es mejor para todos, porque indudablemente sólo así puede también él mismo realizarse.

“L’uomo como essere finito, individuale e imperfetto, ha bisogno di completarsi attuando il dinamismo drammatico del suo essere. Per perfezionarsi ha bisogno degli altri uomini e si dona loro tramite la conoscenza, l’amore..., trovando così el suo complemento. Penso che solo nella società si sviluppano i valori più sublimi della vita personal spirituale: la conoscenza e l’amore. Darsi spiritualmente non è impoverirsi, ma arricchire il proprio essere di uomo. ‘Quanto più ci appriamo agli altri, tanto più approfondiamo la nostra interiorità. Esiste un’apertura al esteriore soltanto esteriore... Esiste però un’altra apertura all’esteriore che ci interiorizza, quando questo esteriore è un esteriore dotato d’interiorità, di soggettività’. Vero è che, grazie alla libertà di cui è dotato, l’uomo può orientare la sua attività e realizzare la sua vocazione in modo autentico o inautentico.

“Soltanto se si considera l’uomo come un essere spirituale permanente, benché dinamico, si può capire bene perché la dimensione sociale gli è essenziale. Lo spirito finito incarnato, in quanto *spirito*, è capace di essere aperto all’altro in un reciproco interscambio di beni, donati e ricevuti tramite la

⁶⁶ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Op. Cit.* Pág. 812.

conoscenza e l'amore; ed in quanto spirito *incarnato e finito*, ha bisogno dell'aiuto degli altri per poter raggiungere pienamente la sua vocazione umana.”⁶⁷

1.6.2.2. *Naturaleza del hombre*

La consideración del hombre como un ser puramente material, o como copado por la historia, o como limitado en su trascendencia, puede conducir a concepciones de justicia que sean no sólo relativas, sino intrínsecamente excluyentes y dominadoras. Resulta, pues, imprescindible determinar quién es el hombre; esto es, cuál es su esencia (naturaleza) y, con ello, lo que le es propio y debido.

Como veremos en el capítulo siguiente, el término “naturaleza” tiene muchas connotaciones, y la confusión en ellas ha sido el motivo principal de las disputas filosóficas sobre la moral y del derecho. Siguiendo a Tomás de Aquino, la naturaleza o esencia de un ser se manifiesta en su actuar. “... the nature of *X* is understood by understanding *X's capacities* or capabilities, those capacities or capabilities are understood by understanding their activations or *acts*, and those activations or acts are understood by understanding their objects.”⁶⁸

La naturaleza del hombre se manifiesta, pues, en su actuar. Y su actuar se proyecta como un actuar razonable: siempre habrá un por qué o un para qué se actúa así. Es el objeto del acto. La respuesta expresa la inteligibilidad del acto y, consecuentemente, la racionalidad del sujeto que lo ejecuta. Las acciones sin respuesta, son irracionales, instintivas, sin interioridad; y, por tanto, sin humanidad.

“Toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real, libre de sus actos.”⁶⁹

Si no se considera al ser humano como un alguien dotado de inteligencia y voluntad (racionalidad), y, en consecuencia, como un ser que puede, en virtud de su racionalidad “disponer” de sí mismo (*sui iuris*), o, mejor dicho, realizarse en libertad, entonces, la concepción del derecho, y también de la justicia, se tiñe de rasgos relativistas.

“... Così pure fanno coloro che sostengono l'assoluta storicità e dipendenza dell'uomo dall'ambiente. Al posto dei diritti originari e permanente si danno allora solo regolamenti giuridici condizionati dal tempo e mutevoli che gli uomini, cioè gli organi legislativi, precisano di volta in volta in base alle

⁶⁷ LUCAS LUCAS, Ramón: *L'uomo spirito incarnato*, Ed. Paoline, Torino 1993. Pág. 239.

⁶⁸ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 29.

⁶⁹ HERVADA, Javier, *Op. Cit.* Pág. 64.

circonstanze e alle correnti dominanti del tempo. Tale è la posizione del positivismo giuridico e del sociologismo giuridico.”⁷⁰

Podría afirmarse, como decía Protágoras, que el hombre es en verdad la medida de todas las cosas. En su dignidad de ser racional está el mismo límite que tiene que respetar el Estado. Éste no puede, por ejemplo, imponer obligaciones más allá de lo que es estrictamente necesario y nunca en lo que Santo Tomás designó como “aquello que pertenece al interior de los movimientos de la voluntad.”⁷¹ Por ejemplo, el Estado no puede obligar a nadie a casarse o no casarse; a tener o no tener hijos; a permanecer en un lugar fijo. “...because in these matters ‘one is so much [a] free and independent [person] {ita liber sui}. And Aquinas mentions other such matters.

“Sometimes Aquinas identifies them compendiously as ‘matters than concern one’s person {ea quae pertinent ad suam personam}. It is no coincidence that the status of freedom, self-possession, an equality... is the status of *persons*... The rules or directors of human communities, e.g. a religious congregation or a state, have absolutely no right or authority to require anyone to disclose a secret sin which does not affect that community’s public well-being. Only the effect on public well-being is the concern of human judges. A secret immorality may have this effect either intrinsically (e.g. plotting to betray the state to its enemies) or extrinsically, as when it has become a matter of public notoriety {infamia} or of formal and responsible accusations. Only in cases thus stamped with a public character may a judge or other ruler override the legitimate privacy of wrongdoers or those who know their secrets, and require disclosure.

“This line of thought assumes that judges and lawmakers appropriately have only limited responsibility and authority...”⁷²

La privacidad puede ser violada legalmente, pero injustamente, a medida que el Estado, casi siempre bajo una perspectiva utilitarista, considera que intervenir, por ejemplo, a través del espionaje, en los rincones de lo privado, puede prevenir actos terroristas. O, desde otra posición, que para asegurar la adhesión al régimen político que sea, éste tiene justificación suficiente para adoctrinar a través de la escuela y hasta introducirse en el círculo familiar con el mismo fin.

“Hay que tener en cuenta que la empresa ‘...es estudiada por Habermas en dos campos que, hoy, después de más de dos décadas, siguen siendo decisivos para comprender los procesos de tecnificación jurídica y sus consecuencias. Nos referimos a la educación y la familia. La penetración del Estado se consideró en su momento positiva y deseable, en tanto descubría un interés público, y digno de protección, en una esfera tradicionalmente privada.

⁷⁰ GÜNTHER, Anselm: *Op. Cit.* Pág. 86.

⁷¹ Sh. Th. II-II, q. 104, a. 5.

⁷² FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; *Op. Cit.* Pág. 240-242

Pero la juridificación supuso que esos ámbitos quedaran a disposición de las intervenciones políticas’.”⁷³

El hombre, por su esencia-naturaleza, es un ser con sed de infinito. Por eso siempre está en búsqueda. Un objetivo lo lleva a otro. Nunca está satisfecho de lo ya realizado, de lo ya encontrado, de lo ya logrado. El hombre es un ser que se problematiza y problematizado: mientras más cuestionamientos se alcen en su trayecto, más se crece; y cuando parece que la vía ha quedado libre de interrogantes, los busca y los pone en medio para seguir adelante. Nada de lo finito puede taponar su inquietud de infinito. Por eso, el hombre sería un sin sentido si no hubiera una respuesta que llegara a dar completa saciedad a su sed de trascendencia.

Ortega y Gasset dice: “La vida humana, por su naturaleza propia, tiene que estar puesta a algo, a una empresa gloriosa o humilde, a un destino ilustre o trivial. Se trata de una condición extraña pero inexorable, escrita en nuestra existencia. Por un lado, vivir es algo que cada cual hace por sí y para sí. Por otro lado, si esta vida mía, que solo a mí me importa, no es entregada por mí a algo, caminará desvincijada, sin tensión y sin ‘forma’... Vivir es ir disparando hacia algo, es caminar hacia una meta... Si me resuelvo a andar sólo por dentro de mi vida, egoístamente, no avanzo, no voy a ninguna parte: doy vueltas y revueltas en un mismo lugar. Esto es el laberinto, un camino que no lleva a nada, que se pierde en sí mismo...”⁷⁴

El hombre, por esa trascendencia, es comunicación. No es un mundo cerrado. Su esencia lo lleva a convivir y no sólo conexistir, como muy bien lo dice Luis Bueno Ochoa, el aislamiento es síntoma de nihilismo: “El mítico hombre nuevo es quien *co-existe*, no *con-vive*, en un nuevo espacio manejado por las diferentes ramificaciones de las ateologías nihilistas.”⁷⁵ O como señala en Profesor Iturmendi en relación a la historia: “Las memorias individuales cuando se exteriorizan, comparten y no se encierran en la memoria estrictamente íntima (más personal, la que se pierde con uno) y pretenden ofrecer un remedio frente a la voracidad del tiempo y nos permiten rastrear el pasado que nos proponemos recuperar.”⁷⁶

⁷³ CARBANTE MUNTADA, José María: *El derecho: ¿Objeto tecnificado o medio de tecnificación?*, en “Persona y Derecho”, No. 52 (2010), Pág. 76.

⁷⁴ ORTEGA y GASSET, José: *La Revelión de las masas*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 4ª, 1981, págs. 166-167.

⁷⁵ BUENO OCHOA, Luis: *¿Es un mito la naturaleza humana?*, en Id. (Coord): *Ismos y política. Diálogos con Dalmacio Negro*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2013. Pág. 167.

⁷⁶ ITURMENDI MORALES, José: *Acerca de la historia recordada*, en “Manuel Fraga. Homenaje Académico”, Fundación Cánovas del Castillo. Madrid, 1997. Pág. 841.

1.6.2.3. *La justicia no se da en el fanatismo*

La justicia alcanza su fundamento último en la trascendencia, propia de la persona. Y desde ella el respeto y la dación de lo debido al otro se ilumina plenamente. Pero cuando se usa lo trascendente para imponer la propia concepción y se arremete en nombre de Dios contra todos los que no comulgan con la misma idea, entonces “la justicia divina” se convierte en fanatismo irracional.

Es irracional porque la apertura a lo trascendente se ofusca y se incapacita para librarse y entender que el bien no está en la exclusión, sino en la inclusión; no en el odio, sino en el amor; no en la guerra, sino en la paz. El fanático es una persona que se atascó en su apertura; que se agarró a una razón, absolutizándola. Se negó a contextualizarla, a ponerla dentro del horizonte de la infinitud en la que todos los hombres actúan.

Por eso, cuando digo que no me refiero a una justicia religiosa, quiero señalar a esta sin razón que utiliza la religión, bien como arma física para imponer, contra la convicción y libertad del ser humano una concepción del estado y de la sociedad en la que se cree, más allá de toda racionalidad; o bien como elemento persuasivo, basado en el sentimiento religioso propio de todo hombre, para atemorizar o debilitar la conciencia responsable de quien debe realizarse como persona.

1.6.3. El concepto de justicia kantiano

Tampoco una justicia al estilo kantiano⁷⁷, basada en el minimalismo de la autonomía de la voluntad: imponerme a mí mismo un modo de obrar tal que pueda ser ley universal. Porque entonces los individuos se amurallarían, como de hecho también pasa en algunos sectores privilegiados de las sociedades, en su propio mundo, en sus propias circunstancias, olvidando la desgracia de las mayorías pobres de los países subdesarrollados. Muchos quisieran que los flujos migratorios, y sobre todos sus tragedias humanas, de latinoamericanos o africanos o también de los países del este europeo y hasta asiáticos fueran cancelados de las notas de los noticieros. Y, mejor aún, que alguien les hiciera entender a esas personas que tienen que ver por sí mismas en su país de origen y no dar lástima en los ajenos.

Es la moral individualista. La que mantiene que uno sólo es responsable de sus propios actos y no de lo que otros hacen o dejan de hacer. “The notion that my responsibilities are limited to the ones I take upon myself is a liberating one. It assumes that we are, as moral agents, free and independent selves, unbound by prior moral ties, capable of choosing our ends for ourselves. Not custom or tradition or inherited status, but the free choice of each individual is the source of the only moral obligations that constrains us.”⁷⁸

⁷⁷ Un resumen de la concepción de la moral de Kant, seguida en la segunda mitad del siglo pasado por John Rawls, puede verse en SANDEL J., Michael, *Op. Cit.*, págs. 214-218.

⁷⁸ SANDEL J., Michael, *Op. Cit.*, pág. 214.

Para Kant la voluntad es lo único bueno. Todo lo que se haga para conseguir un fin es impuro moralmente, porque está contaminado con la necesidad de hacer algo para un objetivo concreto. La voluntad, en su carácter moral, debe ser completamente libre, totalmente incondicionada: actuar de modo que la máxima de la propia voluntad pueda valer, en todo momento y circunstancia, como ley universal.

Cualquier objeto o fin en el actuar implica, para Kant, que ya no se dé la libertad plena. Ésta estará condicionada por tal fin, y, entonces, ya la ley no se la impone uno a sí mismo, sino que le viene de fuera. Por eso, cualquier teoría teleológica, como la aristotélico-tomista debe ser rechazada. En palabras de Rawls: “moral person is a subject with ends he has chosen”, no con un fin al que está determinado. Por lo tanto, “it is not our aims that primarily reveal our nature”, sino el mandato que nos imponemos a nosotros mismos y del cual deriva todo derecho. “For the self is prior to the ends which are affirmed by it; even a dominant end must be chosen from among numerous possibilities... We should therefore reverse the relation between the right and the good proposed by teleological doctrines and view the right as prior.”⁷⁹

“Una persona –escribía Kant- no está sujeta a otras leyes que las que se da a sí misma (sea sola, sea en conjunción con otras). En otras palabras: el hombre no debe ‘obedecer más que a sí mismo’, como dijo Juan Jacobo Rousseau, porque toda medida o regulación que emane del mundo de la naturaleza (y, en último término, de la sabiduría creadora) destruiría por ello su autonomía y su suprema dignidad.”⁸⁰

“Il principio dell’agire morale ‘debe essere interamente libero da ogni influenza di motivi occasionali, che solo l’esperienza può fornire’.

“Così si avvera il grande rivolgimento, che ha dato l’impronta all’etica moderna: al luogo dei problemi oggettivi dell’etica materiale, che rappresentarono per millenni l’esigenza primaria della ricerca etica della teoria giusnaturalistica, si pone in primo piano il problema della moralità soggettiva... L’autonomia morale dell’individuo diventa ‘la legge fondamentale del mondo morale’. Essa è il principio della volontà libera, che necessariamente deve assoggettarsi...

“... Dalla proprietà del contenuto singolo di volontà (della ‘massima’ soggettiva della volontà) di assurgere senza contraddizione al generale (la ‘legge’), si ottiene sempre il contenuto materiale della obbligazione...

“... I tentativi vani di derivare da principi generali (come: fa il bene) i criteri per la decisione giusta nella situazione concreta, sarebbero diventati superflui, dato che dalla situazione concreta sarebbe dato ricavare immediatamente il giusto etico. Ci sarebbe solo da domandarsi: ‘Puoi tu volere

⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 218.

⁸⁰ MARITAIN, Jacques: *Op. Cit.* Pág. 100.

che la tua massima diventi una legge universale? Se non lo puoi, essa è da condannare’.”⁸¹

Por lo tanto, si cada individuo se impone a sí mismo su ley, todos deben coincidir y no habrá controversia sobre lo que es o no es bueno hacer. De una vez por todas quedará resuelta la cuestión moral. Cada uno actuará de acuerdo a lo que él mismo quiso imponerse: cumplir un contrato, porque libremente lo celebró; ser honrado, porque se lo impuso a sí mismo como norma de carácter universalizante.

Esta concepción de la moral, entiende Kant, la libera de cualquier idea religiosa o incluso de cualquier determinación de los valores hecha por la cultura, o por la tradición, o por los intereses preponderantes en una sociedad.

“... Kant argued that we must think of ourselves as more than a bundle of preferences and desires. To be free is to be autonomous, and to be autonomous is to be governed by a law I give myself. Kantian autonomy is more demanding than consent. When I will the moral law, I don’t simply choose according to my contingent desires or allegiances. Instead, I step back from my particular interests and attachments, and will as a participant in pure practical reason.

“... Kant’s idea of an autonomous will... conceive the moral agent as independent of his or her particular aims and attachments. When we will the moral law... we do so without reference to the roles and identities that situate us in the world and make us the particular people we are.

“If, in thinking about justice, we must abstract from our particular identities, it is hard to make the case that present-day Germans bear a special responsibility to make recompense for the Holocaust. Or that Americans of this generation have a special responsibility to remedy the injustice of slavery and segregation.”⁸²

“... The idea that persons should be free to choose their ends for themselves is itself a powerful moral idea. But it does not tell you how to live your life. It only requires that, whatever ends you pursue, you do so in a way that respects other people’s rights to do the same. The appeal of a neutral framework lies precisely in its refusal to affirm a preferred way of life or conception of the good.”⁸³

“... the right is prior to the good. The principles that specify our duties and rights should not be based on any particular conception of the good life. Kant writes of ‘the confusion of the philosophers concerning the supreme principle of morals’. The ancient philosophers made the mistake of ‘devoting their ethical investigations entirely to the definition of the concept of the highest good’, and then trying to make this good ‘the determining ground of the moral law’. But according to Kant, this has things backward. It is also at odds with freedom. If we are to think of ourselves as autonomous beings, we

⁸¹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 254, 255 y 256.

⁸² SANDEL J., Michael, *Op. Cit.*, pág. 214-215.

⁸³ *Ibidem.* Pág. 216.

must first will the moral law. Only then, after we've arrived at the principle that defines our duties and rights, can we ask what conceptions of the good are compatible with it.”⁸⁴

John Rawls en su interpretación de Kant de la justicia como imparcialidad, dice: “El objetivo principal de Kant es profundizar y justificar la idea de Rousseau de que la libertad consiste en actuar de acuerdo con una ley que nos damos a nosotros mismos. Y esto no nos lleva a la moral de una orden austera, sino a una ética de mucho respeto y autoestimación.”⁸⁵ Por lo que “moral person is a subject with ends he has chosen.”⁸⁶

La ilusión de no frustrar u ofender las creencias o concepciones de los otros, en una sociedad en que la diversidad es el denominador común, ha inclinado a muchos buscar y tratar de encontrar una teoría de la justicia y del derecho que pueda, sin problematizar, ser “bien vista” por todos. En la actualidad, el liberalismo asume la tarea de establecer las condiciones para que cada individuo se imponga su propia ley y realice libremente las acciones en base a ella.

“... Liberal political theory was born as an attempt to spare politics and law from becoming embroiled in moral and religious controversies. The philosophies of Kant and Rawls represent the fullest and clearest expression of that ambition.”⁸⁷

Sin embargo, la vida real nos muestra que muchas cuestiones de orden moral y/o relacionadas con la justicia no pueden ser respondidas sin referencia a una concepción de bien que de una u otra manera es sentido y buscado en las sociedades modernas y, precisamente, en aquellas en que la diversidad cultural e ideológica es más evidente. Por ejemplo, la búsqueda de la justicia en temas como el aborto, la manipulación genética, los matrimonios entre personas del mismo sexo, los límites a la libertad de expresión, el fanatismo religioso... ¿Cómo dialogar y debatir sobre cualquiera de estos temas si nos quedamos sin considerar siquiera si la idea de un bien general es compartido o no por los diferentes individuos o grupos sociales que sostienen que han escogido para sí mismo una ley para su propio actuar, y que de acuerdo a ella procede o no procede la justicia en la interrupción del embarazo o en la legalización de las uniones homosexuales?

Pero además, ¿cómo, o en base a qué, puede una Corte Internacional responsabilizar a un Estado o a un grupo social de crímenes cometidos por individuos que ya ni siquiera viven, cuando los ciudadanos de ese Estado no

⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 217.

⁸⁵ RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1979, Traducción de María Dolores González. Pág. 240.

⁸⁶ SANDEL J., Michael, *Op. Cit.* Pág. 218.

⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 243.

asumieron ni expresa ni tácitamente esa responsabilidad? ¿O cómo puede un grupo social exigir la indemnización, a costa de los impuestos de todos los contribuyentes, por violaciones a sus derechos humanos cometidos por representantes del Estado o por miembros de la delincuencia organizada, si los contribuyentes no han escogido libremente ni se han impuesto a sí mismos una responsabilidad solidaria?

Además, la cuestión moral sigue intrigando, porque si la ley que yo me impongo como aquella que todos se impondrían en las mismas circunstancias no es coincidente, entonces, regresa la discusión de lo que es debido hacer. Y esta discusión, en la práctica, se vuelve más agría y más tensa. Ahora es la lucha de todos contra todos; y no la de la búsqueda de un bien que responde a la realización personal de cada uno.

La autonomía de la voluntad kantiana lleva al individualismo y a la absolutización de la propia concepción del mundo del deber ser. En lugar de conseguir lo que perseguía: el respeto y la tolerancia, logra lo que pretende evitar: el radicalismo y fanatismo.

“Kant... ‘Il complesso delle norme per cui l’arbitrio di ciascuno può coesistere con l’arbitrio di tutti secondo una legge generale di libertà’. Il fondamento di questa definizione è che il compito dello Stato deve essere ridotto al minimo possibile, lo Stato è un peso grave per la società, è un male necessario, ciò che costituisce il progresso della società è la spontanea attività dell’individuo, dato però che a questa occorre stabilire dei freni converrà che questo compito del diritto si riduca al minimo possibile, a stabilire soltanto dei limiti negativi per rendere possibile la coesistenza degli uomini. Questa definizione kantiana è tutta fondata sul sistema filosofico kantiano; per quello che riguarda il fine attribuito al diritto, la critica di questa definizione non può esser fatta che colla critica del sistema filosofico kantiano circa il compito dello Stato”.⁸⁸

“Asking democratic citizens to leave their moral and religious convictions behind when they enter the public realm may seem a way of ensuring toleration and mutual respect. In practice, however, the opposite can be true. Deciding important public questions while pretending to a neutrality that cannot be achieved is a recipe for backlash and resentment. A politics emptied of substantive moral engagement makes for an impoverished civic life. It is also an open invitation to narrow, intolerant moralisms. Fundamentalist rush in where liberals fear to tread.”⁸⁹

Como dice Norberto Bobbio, la teoría kantiana “desemboca en la teoría liberal y negativa del Estado.”⁹⁰

⁸⁸ BONFANTE, Pietro: *Op. Cit.* Pág. 12.

⁸⁹ SANDEL J., Michael: *Op. Cit.* Pág. 243.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto: *Op. Cit.* Pág. 20.

1.6.4. El utilitarismo

También descarto una justicia posible aquella que tiende a conseguir el mayor número de bienes para el mayor número de seres en una comunidad (el consecuencialismo o utilitarismo). Primero, porque no hay forma de que determinemos con una escala material el valor de algo que no es material, como la amistad, la cultura, la misma libertad. Y, segundo, porque el utilitarismo asume que es mejor el bien de todos aún a costa de que uno o unos sean marginados o hasta sacrificados. Así, según esta teoría, la tortura para prevenir ataques terroristas, estaría justificada. Como también la aniquilación de los niños deformes o de los minusválidos, para evitar gastos hospitalarios a los contribuyentes sanos.

“Bentham, an English moral philosopher and legal reformer, founded the doctrine of utilitarianism. Its main idea is simply stated and intuitively appealing: the highest principle of morality is to maximize happiness, the overall balance of pleasure over pain. According to Bentham, the right thing to do is whatever will maximize utility. By ‘utility’, he means whatever produces pleasure or happiness. And whatever prevents pain or suffering.

“Bentham arrives at his principle by the following line of reasoning. We are all governed by the feelings of pain and pleasure. They are our ‘sovereign masters’. They govern us in everything we do and also determine what we ought to do. The standard of right and wrong is ‘fastened to their throne’

“We all like pleasure and dislike pain. The utilitarian philosophy recognizes this fact, and makes it the basis of moral and political life. Maximizing utility is a principle not only for individual but also for legislators. In deciding what laws or policies to enact, a government should do whatever will maximize the happiness of the community as a whole. What, after all, is a community? According to Bentham, it is ‘a fictitious body’, composed of the sum of the individuals who comprise it. Citizens and legislators should therefore ask themselves this question: if we add up all of the benefits of this policy, and subtract all the costs, will it produce more happiness than the alternative?”⁹¹

El utilitarismo es atacado directamente por Finnis en *Natural Law Natural Rights*, y desmentado argumentativamente. En su momento, al exponer la teoría finnisiana del derecho natural, quedará expuesto lo señalado por Finnis respecto a esta teoría que, en la práctica, sigue siendo muy socorrida y que rezuma las palabras de Caifás: “más vale que un hombre muera por el pueblo”⁹² a que todo el pueblo sea aniquilado.

También Rawls desautoriza expresamente el utilitarismo con estas palabras: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa

⁹¹ SANDEL J., Michael: *Op. Cit.* Pág. 34.

⁹² Jn. 18, 14.

que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos.”⁹³

El utilitarismo es la aceptación de que el fin justifica los medios: si éstos, aunque sean ilícitos, contrarios a la dignidad de la persona, traen como consecuencia un mayor bien, o con ellos se evita un daño mayor, entonces es válido. Si destruir a pueblos enteros contribuye al bienestar material de la sociedad en general, entonces, el genocidio es permitido. Es la idea expresada en la pregunta que formula la Dra. Sienna Brooks a Robert Langdom en la novela “Inferno”, de Dan Brown. En su intrincado escape del Palazzo Vecchio, Sienna informa a Langdom sobre la tesis malthusiana del Dr. Zobrist: la multiplicación geométrica de la población humana hará que en pocos años más no existan recursos tan básicos como el agua para atender sus necesidades. Y, entonces, la raza humana asistirá a su propia extinción. La propuesta de Zobrist es eliminar, ahora, de inmediato, a gran parte de la humanidad mediante la liberación de un virus implacable que recuerde los sombríos años de la peste en Europa, en el siglo XIV. Sienna le dice a Langdom: “Zobrist asked the following: if you could throw a switch and randomly kill half the population on earth, would you do it?” Y luego le dirige a él la pregunta: “But what if you were told that if you *didn't* throw that switch right now, the human race would be extinct in the next hundred years?... Would you throw it then? Even if it meant you might murder friends, family, and possibly even yourself?... Would you kill half the population today in order to save our species from extinction?”⁹⁴

1.6.5. El legalismo kelseniano

Tampoco podemos aceptar una justicia en el sentido kelseniano. Para Kelsen la justicia no es otra cosa que la felicidad que quiere todo hombre. Pero si fuera así, entonces, y en eso tiene razón Kelsen, esta justicia “absoluta es un ideal irracional... un sueño de la humanidad”.⁹⁵

Se podría estar de acuerdo con el autor de la teoría pura del derecho en que las leyes son una forma de solucionar los conflictos de interés en una sociedad y que ajustarse a esas leyes trae la paz y la tranquilidad en una sociedad: “... la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la

⁹³ RAWLS, John: *Op. Cit.* Pág. 17.

⁹⁴ BROWN, Dan: *Inferno*. Ed. Doubleday, Estados Unidos de América, 2013. Pág. 218-219.

⁹⁵ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?* Ed. Distribuciones Fontamara, Traducción Ernesto Garzón Valdés, 3ª. México, 1992, Págs. 76 y 84.

tolerancia.”⁹⁶ Pero no es aceptable, no sólo que limite la justicia a la observancia de la ley, sino que afirme que es un ideal irrealizable. Primero, porque si, como el mismo Kelsen lo reconoce, es propio del ser humano la aspiración a la justicia⁹⁷, sería un sin sentido que no pudiera alcanzarla. Algo así como un esfuerzo del que se sabe de antemano que será vano. Y, segundo, porque ese anhelo de justicia realmente se concretiza, se vive y se experimenta en cada acto que reconoce lo que es debido al otro, y se actúa en consecuencia.

Kelsen objeta que estamos ante una petición de principio: es la ley lo que dice lo que le corresponde y es debido a los otros. Sí y no. Sí en cuanto que la ley es una determinación de lo que debe ser hecho y reconocimiento del derecho de cada cual. No, en cuanto que la ley no es una disposición arbitraria, sino una expresión de una realidad más profunda y extensa que es la dignidad del ser humano. Esta dignidad es la que nos obliga a respetar la vida, la libertad y la cultura, en general, de los otros.

Para Kelsen la imposibilidad de alcanzar la justicia se basa en que ésta depende de valoraciones. Y si las valoraciones son subjetivas, no puede existir ni unanimidad ni generalización de lo que debe entenderse por justicia. “Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio no es entonces tan sólo permitido sino exigido. Es el problema de la jerarquía entre el valor vida y el valor libertad. En este caso sólo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.”⁹⁸

Si los valores son enteramente subjetivos, no puede, según Kelsen, hablarse de una justicia objetiva. Ésta dependerá, en definitiva, de lo que en cada cultura, en cada periodo histórico, en cada oleada de opinión pública se considere con tal. Esta justicia, sujeta a los vaivenes de la subjetividad sólo puede traer consecuencias violatorias a los derechos humanos: los más fuertes, los más hábiles para manejar la opinión, serán los que determinarán, mientras puedan, el concepto de justicia, que necesariamente implicará injusticias para los más débiles o menos favorecidos por la moda imperante.

El concepto kelseniano de “justicia”: “Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es

⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 85.

⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 9.

⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 21.

que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, ... La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos.”⁹⁹

Esto es: que la ley se aplique a todos los casos a los que sea aplicable. Si deja de aplicarse a uno, se cometería injusticia. Así lo expresa García Máñez: “... la concepción de la justicia como simple legalidad, única que a los ojos de Kelsen es ‘objetiva’, deja en pie el problema del valor intrínseco de los preceptos jurídicos y, por ende, de la justificación, en sentido axiológico, del contenido o materia de tales preceptos. Y esto lo admite el propio Kelsen, cuando, después de establecer la distinción entre juicios de legalidad y de justicia, escribe: ‘Justicia’, en este sentido, significa legalidad; ‘justo’ es que una regla sea efectivamente aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. ‘Injusto’ es que la regla sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otros semejante. Y esto parece ‘injusto’ independientemente del valor intrínseco de la regla general cuya aplicación se examina. Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación.

“Pero el hecho de que un precepto sea cumplido o aplicado prueba sólo su eficacia; de ningún modo la bondad de lo que ordena.”¹⁰⁰

“Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre derecho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada. Por lo tanto, no puede hacer dependiente la validez del derecho positivo de su relación con la justicia, porque tal dependencia sólo puede existir si la justicia es un valor absoluto, si se presupone la validez de una norma de justicia que excluye la de toda otra norma contraria.

“Si se admite la posibilidad de muchas normas de justicia distintas y posiblemente contradictorias entre sí, el valor de justicia sólo puede ser relativo. Entonces todo orden jurídico positivo tiene que entrar en contradicción con alguna de estas numerosas normas de justicia y no podría haber un orden jurídico positivo que no pudiera ser considerado como inválido, esto es, contrario a alguna de esas normas de justicia. Por otro lado, todo orden jurídico positivo puede estar conforme con alguna de las muchas normas de justicia que constituyen valores meramente relativos, sin que tal conformidad pueda ser considerada como fundamento de su validez. Una doctrina jurídica positivista, es decir, realista, no sostiene, como debe ser subrayado, que no

⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 75-76.

¹⁰⁰ GARCÍA MÁÑEZ, Eduardo: *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*; Op. Cit. Págs. 27-28.

existe justicia, sino que de hecho se presuponen muchas normas de justicia diferente y posiblemente contradictorias entre sí.”¹⁰¹

Se puede deducir, de lo dicho por Norberto Bobbio, que este tipo de justicia “legal” tiene sus antecedentes, tanto en Hobbes como en Spinoza. En cuanto al primero, Bobbio lo llama “modelo convencional” y dice que “no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla.”¹⁰² Al segundo, Bobbio lo llama “modelo naturalista”, según el cual “es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar.”¹⁰³

Esta justicia legalista es la que no alcanza a satisfacer el sentimiento y las inquietudes de las víctimas de desapariciones forzosas, de las de los campos de concentración nazi o de los afectados por el aumento de precios en casos de desastres naturales, como vimos antes en este mismo capítulo.

1.6.6. La justicia que es

La teoría iusnaturalista de Finnis afirma que la justicia a la que aspiramos tiene que ver con la realización de la persona. Reconociendo la dignidad del otro; y, en consecuencia, respetándole y dando lo que verdaderamente le corresponde. Y en ese dar, me realizo como ser humano. Crezco en entidad. Subrayo mi racionalidad.

Finnis dice: “The essential equality of all human beings is the presupposition from all reasonable claims of right and so for all duties of justice.”¹⁰⁴

El sustrato verdaderamente válido de la justicia está en el reconocimiento de la dignidad, como persona, del otro. Y, en este sentido, de la igualdad de los seres humanos, no importando su condición, ni ideología, ni época histórica que les tocó vivir.

Si fuera verdad el relativismo, nos sería imposible no ya compartir los sentimientos de Priamo ante los restos de su hijo Héctor, sino ni siquiera entenderlo. Pero si la lectura de este pasaje de la Iliada nos mueve a ternura ante el amor adolorido de un padre retratado por Homero hace casi un milenio antes de Cristo, es porque, a pesar de todos los avances tecnológicos, el hombre sigue siendo, en cuanto persona, el mismo. Y, por tanto, con las mismas exigencias de justicia.

¹⁰¹ Kelsen, Hans: *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Ed. Fontamara, 2ª, México, 1992. traducción de Eugenio Bulygin. Pág. 193.

¹⁰² BOBBIO, Norberto: *Op. Cit.* Pág. 15.

¹⁰³ *Ibidem.* Pág. 15.

¹⁰⁴ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; *Op. Cit.* Pág. 188.

O como dice Maritain: “... Ocurre así que hombres situados en perspectivas metafísicas o religiosas completamente diferentes, incluso opuestas, pueden, no en virtud de identidad alguna de doctrina, sino de analógica semejanza en sus principios prácticos, encontrarse en las mismas conclusiones prácticas y compartir una misma “fe” secular práctica, con tal que reverencien por igual, acaso por razones totalmente distintas, la verdad y la inteligencia, la dignidad humana, la libertad, el amor fraternal y el valor absoluto del bien moral.”¹⁰⁵

El concepto de justicia, como muchos otros, no depende de circunstancias sino que se basa en la racionalidad de la persona, y de ella se desprende su fundamentación teórica. No pues, como pretendía Kelsen, sólo en la aceptación del orden jurídico que nos encajona en el respeto o, si hubiera incumplimiento, en el resarcimiento de daños a los otros. La justicia que experimentamos como un sentimiento profundo de algo valioso y no tanto como una carga, tiene más de afirmación que de negatividad; más de acción que de soportar lo que la regla o la normatividad nos impone.

1.6.7. Una justicia social

La justicia, como se verá más adelante en la exposición de Finnis, implica bilateralidad. Pero esta bilateral no puede ser concebida como algo meramente individual; como si sólo tuviera deberes de justicia cuando asumo expresamente obligaciones hacia los otros; no cuando los demás puedan tener o no angustias y reclamos. Si la actitud frente a los reclamos de los más desprotegidos es la de decir: que el gobierno los atienda; pero no hay un compromiso personal de ayudar, entonces estamos actuando al modo kantiano, y no reconociendo lo que realmente le es debido a los demás en razón de su dignidad personal.

Sobre la propiedad privada existe una hipoteca social. Es decir, una responsabilidad que no viene del imperativo categórico, sino de mi condición de persona y del reconocimiento de la dignidad que tienen todos los otros.

Como veremos al exponer el contenido de *Natural Law Natural Rights*, Finnis, siguiendo a Tomás de Aquino y, en general, a la doctrina social de la Iglesia Católica, afirma la socialización de la propiedad privada, precisamente como una exigencia de la justicia distributiva, competencia también de los particulares y no exclusivamente del Estado.

“Then Aquina’s theorem is twofold: (1) *everything* one has is ‘held as common (or in common)’ in the sense that it is morally available, as a matter of right and justice, to anyone who needs it to survive; (2) one’s *superflua* are all ‘held as common’, in the sense that one has a duty *of justice* to dispose of them for the benefit of the poor.

“1. For anyone in dire necessity, nothing belongs to anyone in particular: ‘for anyone in that condition, all resources become *common resources*’. That is

¹⁰⁵ MARITAIN, Jacques: *Op. Cit.* Pág. 130

to say, people who find themselves or their dependants in such life-threatening need are morally entitled to take anything which will relieve that need, and this entitlement overrides anyone else's otherwise legitimate title or property right. Correspondingly, if I am aware of another person's extreme, evident, and urgent need, and there is no one else to give relief in time, I have a duty of strict justice (non merely 'charity') to relieve that need by handing over resources that I own even though they are not *superflua*... My duty does not require that I reduce myself or my dependants to... extreme necessity...

"2. In situations where no one confronts extreme necessity, the right of owners and other property-holders to keep their property extends just as far as their... need to maintain themselves (with their dependants) in the form of life which they have reasonably adopted. All their *further* resources {residuum; superflua} are 'held in common': all these resources should be made available to those ('the poor') who, though not in extreme necessity, lack the resources to satisfy their... needs. The poor have a natural right that the whole of this *residuum* be distributed in their favour."¹⁰⁶

Las actitudes egocéntricas producen injusticias sociales. Por eso, la teoría finnisiana del derecho natural trata el tema de manera expresa y clara, señalando el papel específico que tiene tanto el Estado y las leyes positivas en la actualización de esta justicia "distributiva", como los particulares.

El potencial social que conlleva una teoría así es incalculable. Es la superación del individualismo. Es el compromiso social para impulsar y defender los derechos humanos, y hacer conciencia de que la justicia no puede ser un coto reservado sólo a ciertos sectores, sino que todos tenemos la obligación de volcarnos a realizarla para beneficio común.

La relevancia que hoy en día tiene el ejercicio de los derechos humanos involucra la dimensión social de los mismos. Ya no se trata de "garantías individuales" como se les designaba en nuestro sistema constitucional mexicano. Ahora el individualismo ha cedido paso, y se subraya fuertemente la carga social que implican los derechos humanos. Los sectores más desprotegidos son los más vulnerables a la violación de esos derechos. La fuerza de su defensa radica también en el factor social más que en el individuo.

Pero existe un riesgo grave en esta socialización de los derechos humanos: la radicalización de las exigencias y el olvido de los deberes. O, con otras palabras, la absolutización de la defensa de lo social, aún a costa de la violación de los derechos de las mismas personas a las que se trata de proteger. La reclamación de esos derechos, en forma casi fanática, origina violaciones e injusticias, también en los derechos humanos de los otros que integran la comunidad. De ahí las precisiones que indica Finnis al exponer el tema, y que constituyen, sin lugar a dudas, puntos de reflexión de actualidad e importancia fundamental.

¹⁰⁶ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 191-193.

El soporte teórico que sostiene Finnis en *Natural Law Natural Rights*, como espero poder mostrarlo, podría lograr que en muchas legislaciones se privilegiara lo importante en lugar de lo urgente. Los políticos frecuentemente pretenden afrontar los problemas sociales aprobando nuevas leyes, al vapor, para que la opinión pública tenga por lo menos nota de que los gobiernos reaccionan rápidamente ante emergencias de injusticia. Pero, las más de las veces, estas leyes, si llegan a promulgarse, no son aplicables. O, si lo son, no logran solucionar la sentida demanda de justicia en la sociedad.

Si se discutieran y aprobaran leyes encaminadas más al crecimiento del ser que al desarrollo del tener, se tendría un mejor panorama de la situación social. Lo relacionado con el tener es, sin duda, necesario; pero se dará mejor y más abundantemente, si antes se favorece y desarrolla lo relacionado al ser.

Tradicionalmente, como quedó indicado antes, se ha entendido que la justicia, en buena medida y, por lo menos, en una primera instancia, es atribución del Estado el aplicarla. Lo anterior con el fin de que la vida en sociedad no se retrotraiga a los tiempos de la fuerza, en los que sólo los más poderosos podían “hacerse justicia”.

Finnis considera que esta concepción se basa, como se verá en la exposición que se hace más adelante de su obra *Natural Law Natural Rights*, en la interpretación que se hizo de la clasificación del Aquinate entre justicia general y justicia particular, y esta última, en justicia distributiva y conmutativa. “... it seems very likely that Aquinas’ leading 16th-century comentator, followed by the subsequent tradition of interpretation down to the mid-20th century, misunderstood and misapplied Aquinas’ distinction between general justice and the two species of particular justice –reducing it to a distinction between the individual’s duty to the state, the state’s duty (distributive) to individuals, an individuals’ duties (commutative) to each other...”¹⁰⁷

La concepción, pues, más generalizada es la de que el Estado es quien tiene que hacer justicia, no sólo porque distribuye los bienes para alcanzar la igualdad entre todos los miembros de una comunidad, sino también porque le corresponde imponer y exigir obligaciones a los desobligados con relación a los otros. No obstante ello, en nuestros días es más evidente la conciencia de que los miembros de la sociedad civil tienen un papel irremplazable en la procuración de justicia. Y que es responsabilidad de todos involucrarnos activamente en la realización de la misma. Lo que, en teoría, no es distinto de lo que Tomás de Aquino había sugerido en relación a la justicia distributiva: “in treating distributive justice as a responsibility and virtue only of the state (or its rulers), as if individuals as such do not also have duties of fair distribution...”¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 216.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 217.

1.7. LA LEY INJUSTA

La justicia tiene que ver con el derecho. Por lo menos, es una pretensión de éste hacer justicia. Las leyes son la expresión del derecho. Éstas son formuladas y puestas en vigor por el estado. La conclusión sería que, en los estados democráticos, las leyes reflejarán la ideología de la mayoría. Bonfante habla de que las leyes, tanto morales como jurídicas, se originan en la “*coscienza popolare e quindi sono variabili secondo i bisogni ed i sentimenti*”. Y que las normas jurídicas responden a la relevancia que puedan tener las relaciones para la coexistencia social: “*il campo del diritto non deve eccedere certi limiti perchè non deve eccedere certi limiti il campo dello Stato, ma questi limiti sono stabiliti dal criterio che non hanno nulla di fisso e d’invariabile, devono rimettersi alla coscienza sociale e dalla prudenza del legislatore.*”¹⁰⁹

En cuanto a los estados despóticos, las leyes reflejarían la voluntad del tirano. Y, en consecuencia, la justicia estaría también dependiendo, sea de la ideología en el poder, sea de la voluntad de un individuo.

En uno y otro caso –democracia o tiranía–, las leyes pueden no ser “injustas”. Y, en uno y otro caso, puede no requerirse de la fuerza coactiva extrema del estado para imponerlas. “*Il primo carattere specifico del diritto è la coazione (da cogere = costringere): siamo costretti cioè ad osservare il diritto... è una coazione fisica... dunque, se parliamo di coazione solo in fatto di norme giuridiche, derivata dalla circostanza che il vocabolo ha assunto nel diritto un significato técnico, intendiamo la coazione da parte dello Stato, órgano centrale costituito dalla società, anzi si viene a identificare la necessità dello Stato e del diritto onde si fa dello Stato l’organo del diritto, suo difensore e protettore.*”¹¹⁰

Son leyes, en principio, adecuadas y dan solución a problemas que presenta la sociedad a la que se dirigen. Normalmente, una ley no adecuada, o “no justa”, requiere más de la intervención coactiva para hacerla vigente. En cambio, una norma adecuada, o “justa”, es aplicable, en la generalidad de los casos, en forma automática. ¿De qué justicia, entonces, están dotadas estas últimas normas?

“La ley injusta tiene los rasgos empíricos y fenoménicos de toda ley: aparece como un mandato del legislador, con todos los caracteres externos y formales de una ley. Pero esta ley carece de la esencia de la juridicidad: no engendra el deber de justicia y, por tanto, no engendra la vinculación del súbdito según su condición de persona (no es ley en sentido sustancial)...

“¿Significa esto que la ley injusta no tiene efectos jurídicos? Sí los tiene, pero precisamente los opuestos a la ley justa: da origen al derecho a la

¹⁰⁹ BONFANTE, Pietro, *Op. Cit.* Pág. 28-29.

¹¹⁰ *Ibidem.* Pág. 7-8.

desobediencia cívica, a la resistencia pasiva y activa y, en su caso, a la rebelión.”¹¹¹

Esta conclusión de Javier Hervada se presenta, en la teoría finnisiana, matizada y relacionada con la opinión de Tomás de Aquino. La ley injusta sí es ley pero en sentido “licuado”; es un analogado secundario. Y la indicación general es que debe ser observada por el bien de la seguridad del sistema normativo. Sólo es casos extremos es “justo” desobedecerla.

La respuesta que presento más adelante en este trabajo sobre la ley justa-injusta es la respuesta de John Finnis. Y, esencialmente, es la siguiente: la norma es justa cuando es una solución adecuada para resolver problemas de coordinación en una sociedad, siempre que tal solución respete y/o esté conforme con los principios básicos de la razonabilidad práctica. Porque sólo entonces favorecerá el bien común y permitirá a la persona su realización como tal.

El derecho positivo es no sólo importante para la convivencia social; es esencial para la realización de la persona. Ninguna teoría iusnaturalística seria ha dejado de lado al derecho positivo. El rasgo peculiar de la teoría finnisiana es que parte precisamente de las normas, como objeto de su estudio, para ir entretegiendo la fundamentación del derecho en la racionalidad del ser humano.

La racionalidad es teleológica y, a la vez, es el modo como se logra el fin que se propone: la realización personal. Las leyes, de acuerdo a lo señalado por Finnis, dan soluciones a problemas de coordinación en una comunidad. Por lo tanto, no pueden sino tener un origen racional. No pueden ser expresiones de un simple capricho o de una pasión irracional del legislador. Si de hecho existen leyes así, entonces estamos ante el problema de la “ley injusta”.

La ley injusta es ley, en cuanto puede tener los elementos formales y hasta servir parcialmente para el fin que tiene la ley justa. Pero realmente carece de lo fundamental: que sea una disposición racional que procure en bien común, y, por tanto, el ambiente favorable para que la persona se perfeccione y realice. “... lex pertinet ad id quod est principium humanorum actuum, ex eo quod est regula et mensura. Sicut autem ratio est principium humanorum actuum, ita etiam in ipsa ratione est aliquid quod est principium respectu omnium aliorum. Unde ad hoc oportet quod principaliter et maxime pertineat lex... necesse est quod lex proprie respiciat ordinem ad felicitatem communem... Unde oportet quod, cum lex maxime dicatur secundum ordinem ad bonum commune, quodcumque aliud praeceptum de particulari opere non habeat rationem legis nisi secundum ordinem ad bonum commune. Et ideo omnis lex ad bonum commune ordinatur.”¹¹²

¹¹¹ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Ed. Minos, 3ª, México 1996. Pág. 174.

¹¹² S. Th. II-II.q. 90, a 2, corpus.

El problema de la “ley injusta” deviene una cuestión secundaria. Finnis, usando la herramienta de la analogía, considera que sólo la norma justa es la que realiza plenamente el concepto de ley. La “injusta”, sin dejar de ser ley, lo es sólo en sentido analogado, secundario. Santo Tomás así lo afirmó: “... quod lex tyrannica, cum non sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis. Et tamen inquantum habet aliquid de ratione legis, intendit ad hoc quod cives sint boni. Non enim habet de ratione legis nisi secundum hoc quod est dictamen alicuius praesidentis in subditis, et ad hoc tendit ut subditi legi sint bene obedientes; quod est eos esse bonos, non simpliciter, sed in ordine ad tale regimen.”¹¹³

El tema de la ley injusta sólo puede plantearse con respecto al derecho positivo. Para el iusnaturalismo clásico, no puede hablarse de una ley natural injusta. “Lo que llamamos orden de justicia, exigencias de justicia o norma de justicia, no es otra cosa que el derecho natural. Y los llamados principios de justicia no son cosa distinta a los principios y preceptos propios de ese derecho. Lo que preexiste al derecho positivo no es la justicia, sino el derecho natural.”¹¹⁴

“El salario *acordado* o *legal* será injusto si con anterioridad a ese reparto positivo existía, bajo cierto aspecto y en alguna medida, un reparto *natural*: sólo si es derecho natural del asalariado que el salario cubra ciertas necesidades personales y familiares, podrá decirse con verdad que un salario es injusto, al no cubrirlas.”¹¹⁵

Hervada explica la relación de la ley y la coacción, y cómo ésta pierde toda su fuerza cuando la ley es injusta: “La cuestión que se plantea respecto de esas leyes humanas contrarias a la ley natural es la de su valor. ¿Tienen estas leyes toda su fuerza de ley? Para responder a esta pregunta, hay que contestar antes a otra: ¿de dónde le viene a la ley humana su fuerza de ley?...

“Una primera respuesta, sin duda verdadera, a los interrogantes sobre el origen de la obligatoriedad de las leyes positivas es la siguiente: la ley positiva obliga por proceder del poder legítimamente constituido;... Ciertamente es verdadera esta respuesta, pero insuficiente... el poder no se justifica por un dominio que se ejerza sobre la persona, sino por su función social subordinada a los fines de la sociedad. El poder se justifica como función y necesidad social; fuera del orden de los fines naturales del hombre, no hay poder, sino prepotencia, violencia o, dicho de otro modo, delincuencia del poder.

“El poder social recibe su fuerza de la índole exigitiva de los fines naturales del hombre... Por lo tanto, el dictado del poder social, la ley humana, recibe su fundamental y radical fuerza de obligar —no del dominio sobre la persona, que no existe— sino de su relación con los fines naturales del hombre,

¹¹³ S. Th. II-II q. 92, a. 1 ad 4.

¹¹⁴ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 27.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 29-30

que tienen razón de deber-ser. En tanto el poder tiene la función de escoger los medios para obtener los fines sociales, su dictado es ley. Lo que equivale a decir que la ley humana es ley en tanto es conforme con la ley natural. La ley contraria a la ley natural carece de fuerza y naturaleza de ley, siendo un simple dictado de la prepotencia del gobernante.

“¿Qué significa que carece de fuerza de ley? Sencillamente que no vincula al hombre como persona (no está en el orden del deber-ser) y sólo puede imponérsele por la fuerza de la coacción. Como sea que no pasa a ser deber-ser para el hombre y se limita a ser fuerza opresora, ante el hombre genera lo que genera la opresión: la posibilidad de la desobediencia civil, la resistencia pasiva y activa y, en última instancia, la rebelión legítima.”¹¹⁶

El tema central de Finnis, sin embargo, no será la discusión frontal que quisieran algunos representantes del positivismo: la descalificación de la vigencia de las leyes que son llamadas “injustas”. El planteamiento de Finnis, centrado en la ley en sentido propio, parte del supuesto de que no hay coincidencia, en una sociedad cuyo rasgo fundamental es la diversidad, en lo que es la justicia. Por eso, lo importante en el estudio *The Natural law Natural Rights* es la ley, máxime cuando la perspectiva es la de la filosofía analítica. Los análisis del lenguaje jurídico que hace Finnis son no sólo ilustrativos sino fundamentales en el desarrollo de su estudio y su exposición de su teoría iusnaturalista.

Lo anterior no quiere decir que se acepte el relativismo. Finnis tiene argumentos suficientes para desmontar, teóricamente, cualquier posición escéptica que defienda el subjetivismo, y, en consecuencia, una concepción relativista de la justicia. Finnis, como lo veremos en su momento, sostiene la evidencia de principios que no requieren demostración alguna, y de los que se pueden deducir conclusiones generales y válidas en todo momento y circunstancia.

Resulta, pues, importante, subrayar desde ahora, que si bien la teoría finnisiana se proyecta en el haz de la teoría tomista del iusnaturalismo, la misma adquiere fuerza propia con los argumentos contextualizados en la situación actual, y con el lenguaje moderno que le permite hablarse de tú con los principales representantes modernos del positivismo jurídico moderado.

El tema, sólo para recalcarlo una vez más, no es el tópico de la “ley injusta”. Lo importante y fundamental es la ley, en su pleno sentido. Es decir, la disposición que expresa la racionalidad que toda acción, para ser humana, debe contener.

1.8. CONCLUSIÓN

Los dramas de las situaciones humanas nos interpelan y reclaman una solución justa. El derecho, por lo menos, hasta se puede apreciar, no alcanza a dar respuesta satisfactoria a estos reclamos. Sin embargo, el derecho es necesario para la

¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 169-170.

vida en sociedad. No podemos simplemente prescindir de él y hacer referencia a motivaciones o invocaciones sin sustento en la realidad.

La primera pregunta que tendríamos que formularnos y resolver es si el derecho, tal y como lo conocemos y hemos estudiado, agota la esencia del derecho. Si la respuesta es afirmativa, entonces preguntarnos en dónde estaría la solución a los límites del derecho. Y, si es negativa, encontrar el modo de cubrir esos límites enriqueciendo el concepto que hasta ahora tenemos del derecho.

Lo que no podemos hacer es dejar que las situaciones conflictivas que dañan a tantas personas y que pueden también alcanzar sus efectos negativos a nuestro círculo de seguridad, sigan sucediendo esperando que el tiempo las resuelva, o peor aún, que las fuerzas “naturales” (darwinianas) se impongan y lleven al reacomodo o nuevo orden emanado de todo, menos de la razonabilidad del hombre.

Capítulo 2.

IUSNATURALISMO vs IUSPOSITIVISMO

En las posiciones de la filosofía del derecho, o se está en el bando del iusnaturalismo o se encuentra uno enfrente: en el lado opuesto; es decir, en el bando del positivismo. No hay, por lo menos aparentemente, términos medios. Al primero se le asocia con la doctrina eclesiástica; al segundo, con el método científico. Sin embargo, un estudio desapasionado de estas dos doctrinas nos llevará a descubrir que existen entreveraciones que las acercan y que las posturas moderadas, en ambas corrientes, no están tan distantes como a primera vista pareciera.

Finnis no duda en fustigar tanto las absolutizaciones o los razgos más burdos de una como de otra postura. Y aunque es decididamente iusnaturalista, muchos reconocen que su teoría es un valioso esfuerzo para entender el positivismo y fundarlo en algo más sostenible que la simple voluntad del legislador o el simple impulso de las fuerzas dominantes en una sociedad.

La exposición que sigue pretende, primero determinar los razgos esenciales de una y otra doctrina; y, segundo, ilustrar los avatares de esta contienda entre iusnaturalistas y iuspositivistas a lo largo de la historia. Esto último nos ayudará a comprender cuánto se han nutrido mutuamente de conceptos, sea para acercar la reflexión a lo que es la naturaleza del derecho, sea para distanciarla en otros puntos, que, no obstante, han aportado también luz en la investigación emprendida.

Como lo dije ya, el contraste entre las posturas ayudará a darnos una mejor idea de lo que hasta hoy en día se ha tratado como objeto del derecho. El resaltar tal objeto, en el contraste de las posturas ideológicas, nos dará una mejor perspectiva para introducirnos y desplegar velas en la teoría finnisiana. No para aceptarla sin más, sino para entender el panorama general y discernir si los elementos nuevos que introduce Finnis son valiosos para las respuestas que estamos buscando en relación a los límites del derecho.

2.1. RASGOS IDENTIFICATORIOS

2.1.1. El Iuspositivismo

Si hemos de caracterizar en unos cuantos trazos al positivismo jurídico, podríamos hacerlo con las palabras de García Máynez: "... la característica básica del positivismo jurídico consiste en que sus defensores conciben el derecho como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos, y en que señalan como

tarea, a la ciencia del mismo, estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido.”¹¹⁷

O, también: “...positivism concentrates upon a description of law as it is in a given time and place by reference to formal, rather than to moral or ethical criteria of identification and for its proponents there is no connection between law and morality.”¹¹⁸

Es decir, el objeto del derecho son las leyes emanadas del órgano facultado por otra ley, superior, para hacerlo, sin que se tenga que cuestionar nada acerca del contenido de las mismas, sino, en todo caso, constatar que formalmente hayan cumplido con los requisitos de promulgación.

Si nos atenemos a lo que dice Kelsen sobre su “teoría pura del derecho”, ésta “se limita a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿qué es y cómo es del Derecho?, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido.”¹¹⁹

En palabras de Bobbio: “La teoría pura del derecho de Kelsen... Lo que caracteriza al derecho no es ésta o aquella materia de la reglamentación... sino la forma de la reglamentación... Aquí, ‘forma’ es entendida en el sentido más común de ‘recipiente’, es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido...”¹²⁰

Bobbio identifica al positivismo como teoría y como ideología. Como teoría es “aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho. Históricamente esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado.”¹²¹

Esta teoría, siguiendo a Bobbio, implica una norma preexistente a la solución de cualquier controversia. Dicha norma fue emanada por el órgano estatal apropiado.

¹¹⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 3ª, 1999, México Pág. 60.

¹¹⁸ WACKS, Raymond: *Understanding Jurisprudence: An Introduction to legal theory*. Oxford University Press, 3ª, 2012. Pág. 61.

¹¹⁹ KELSEN, Hans: *La Teoría Pura del Derecho*. Ed. Colofón, México, 1990, 3ª. Pág. 9.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*. Ed. Fontamara, 2ª, México, 1992. Págs. 21-22.

¹²¹ *Ibidem*. Pág. 43.

Y la norma forma parte de un sistema normativo completo en sí mismo. Sistema que es coactivo; y tiene supremacía sobre otras fuentes del derecho, como la costumbre. Por lo que se considera “la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana).”¹²²

Como ideología, Bobbio considera que el positivismo “representa la creencia en ciertos valores, y sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal... la ideología positivista está vinculada... a la exaltación del Estado.”¹²³ El la voluntad estatal la que determina lo que es ley; y es el Estado el que la impone. Prevalece, sobre cualquier valor, incluso sobre cualquier opinión discordante, lo establecido por la voluntad estatal.

Se podría decir, en términos generales, que el positivismo, independientemente del matiz o rasgo de presentación que pueda tener, afirma la validez de las leyes, sin importarle el contenido material que éstas puedan tener. Es decir, siempre que la balanza se incline por el peso específico que se le dé a las leyes, en cuanto tales, podemos decir que estamos en el campo del positivismo jurídico.

Finnis describe así al positivismo legalista:

“Legal positivism is in principle a more modest proposal: that state law is, or should systematically be studied as if it were, a set of standards originated exclusively by conventions, commands, or other such social facts. As developed by Bentham, Austin, and Kelsen, legal positivism was officially neutral on the question whether, outside the law, there are moral standards whose directiveness (normativity, authority, obligatoriness) in deliberation is not to be explained entirely by any social fact. Bentham and Austin certainly did not think that the utilitarian morality they promoted depended for its obligatoriness upon the say-so of any person or group, even though Austin held that the whole content of utilitarian moral requirements is also commanded by God. Kelsen's official theory, until near the end of his life, was-at least when he was doing legal philosophy-that there may be moral truths, but if so they are completely outside the field of vision of legal science or legal philosophy. His final position, however, was one of either complete moral scepticism⁴ or undiluted moral voluntarism: moral norms could not be other than commands of God, if God there were. These final positions of Kelsen are the consummation not only of the seam of voluntarism running through all his theorising about positive law, but also of every earlier theory which took for

¹²² *Ibidem*. Pág. 45.

¹²³ *Ibidem*. Pág. 46-48.

granted that law and its obligatoriness are and must be a product of the will and coercive power of a superior.”¹²⁴

“Today the promoters of this radical kind of "exclusive positivism" are the followers, conscious or unconscious, of Nietzsche or of others who like him reduce ethics and normative political or legal theory to a search for the "genealogy," the historical (perhaps partly or wholly physiological) sources of ethical, political, or legal standards. These sources, they assume or assert, can only consist in exercises of the will of charismatic individuals or power-seeking groups, or in the supposedly will-like sub-rational drives and compulsions of domination, submission, and so forth.”¹²⁵

2.1.1.1. *Doctrinas positivistas*

Martínez Muñoz hace un resumen de las diversas teorías positivistas: “La exégesis que lleva a atenerse exclusivamente al texto de la ley y su sentido literal... El realismo norteamericano... pone mucho énfasis en el conocimiento de cómo actúa el juez y los factores que reducen el marco de su decisión... La jurisprudencia de conceptos (que) propone utilizar la lógica para evitar la arbitrariedad, aunque se excede en sus posibilidades y el desprecio de la lógica por sus representantes para volcarse en los intereses y la sociología... La dogmática de Ross, centrada en la motivación judicial y el cálculo estadístico, nos alerta acerca del grado de aplicación de las normas por los agentes del poder, aunque su enfoque positivista nos proporciona poco más que experiencia y datos. La teoría normativista simplifica la argumentación excluyendo del derecho los aspectos metajurídicos, es decir, construye un mecanismo más simple reduciendo sus componentes integrantes, pero se desentiende de lo que deja sin comprender... Gèny enfatiza la importancia de la moral, si bien el sentido de la misma queda un tanto difuminado por la orientación, como otros de sus conetáneos, a la sociología descriptiva. La jurisprudencia de intereses nos propone pesar o medir los intereses que se ven reforzados o menoscabados por la ley que ellos mismos imponen y atender al desenvolvimiento de las fuerzas y grupos sociales, especialmente los dominantes, sin atender demasiado a los débiles y necesitados de protección y sin permitir comprender ni valorar las decisiones. La dogmática jurídica vigente no es más que una continuación de los supuestos iluministas con ciertas concesiones al socialismo y al positivismo...”¹²⁶

En todas estas doctrinas el denominador común es la ausencia de un referente trascendente. Todo se basa en lo inmediato, en las fuerzas predominantes en la sociedad, siempre desde una perspectiva histórica. Y todas también parten del

¹²⁴ FINNIS, John: *On the Incoherence of Legal Positivism*. Notre Dame Law School. Notre Dame Law Review. Vol. 75:5. Pág. 1598. http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship

¹²⁵ *Ibidem*. Pág. 1597-1598.

¹²⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, Ed. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3ª, Pág. 418.

supuesto de que la ciencia del derecho es una ciencia con un objeto dado (puesto): el sistema jurídico que es, en un determinado momento y circunstancia.

La aspiración del positivismo a un rigorismo científico unilateral fue, en su momento, factor de su éxito; pero también ha sido causa de su insuficiencia para explicar el derecho. Digo “unilateral” porque se consideró que fuera de lo dado, de lo “puesto”, como en las ciencias naturales, no hay nada; no hay lugar para el estudio científico. Lo que implica, no obstante, dejar todo un universo de entidades, no físicas, pero sí reales y sin las cuales no se podría dar explicación completa a los fenómenos estudiados con un método puramente positivo.

2.1.1.2. Positivismo: lo puesto

Sólo lo establecido, lo “puesto” por el legislador es ley. El derecho positivo es ese conjunto de normas emanadas y promulgadas por los órganos facultados para ello, que regulan las relaciones de las personas en una comunidad. Fuera de este derecho, no hay más derecho. Y sólo este derecho positivo es el objeto de la ciencia jurídica.

“Cuando el derecho es derecho positivo, las normas de un orden jurídico son ‘puestas’, ‘establecidas’ o ‘creadas’ por actos de seres humanos. Decir que una norma que determina como debido un cierto comportamiento es ‘puesta’, ‘establecida’ o ‘creada’ por un acto es una manera metafórica de expresar que la norma es el sentido subjetivo del acto. Los actos mediante los cuales se establecen o crean las normas de un orden jurídico son actos de legislación, actos que constituyen una costumbre creadora de derecho, actos jurisdiccionales, actos administrativos, actos convencionales, en especial, los contratos.”¹²⁷

“Las normas jurídicas –dice (Austin)- son ‘imperativos’, ‘mandatos’, emanados de un ‘soberano’ y dirigidos a los ‘súbditos’ en el seno de una ‘sociedad política independiente’. Un ‘mandato’, a su vez, es la expresión de un deseo de que alguien haga u omita algo acompañado del anuncio de un daño en el caso de que tal deseo no sea satisfecho. Para Austin el hecho de estar sometido a una amenaza tal de daño si no se realiza la acción deseada es equivalente a estar ‘vinculado’, ‘obligado’ por el mandato, o lo que es lo mismo, estar bajo el ‘deber’ de obedecerlo... Este tipo de deseos imperativos y coactivos son las normas jurídicas de una comunidad, siempre y cuando emanen de un soberano en una sociedad política independiente. Y existe una sociedad política independiente cuando un grupo de individuos, llamados ‘súbditos’, tienen el hábito de obedecer los mandatos de otro individuo, llamado ‘soberano’, que, a su vez, no obedece a ningún otro superior.”¹²⁸

¹²⁷ KELSEN, Hans: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Ed. Fontamara, 2ª, México, 1992. Pág. 94.

¹²⁸ LAPORTA, Francisco: *Entre el Derecho y la moral*. Ed. Fontamara, México, 1992. Pág. 19

La creación de normas es obra puramente humana y, en definitiva, sólo aquellos que estén facultados por una norma pueden crear leyes. Incluso las leyes para las partes en un contrato no serían válidas si no estuviera autorizada en la ley la posibilidad de creación de normas individuales, y no se previera en la legislación la autonomía de la voluntad.

Hablar de una ley que no existe en los códigos o que no está recogida en una ley formalmente creada, es hablar de algo inexistente para el derecho positivo. Puede haber otros sistemas normativos, como la moral, pero éstos no son derecho.

Los positivistas entienden que el derecho es un instrumento convencional, formulado y puesto por quien tiene el poder en un Estado. Y como tal, otorga las garantías que todo objeto de una ciencia natural debe tener: certidumbre y positividad. “La pretensión básica del positivismo jurídico conceptual era distinguir nítidamente el derecho ‘que es’, objeto de descripción científica, respecto del derecho ‘que debe ser’, objeto de la política jurídica y de las preferencias morales.”¹²⁹

2.1.2. Positivismo vs moral

El positivismo decreta un absoluto abismo entre moral y derecho. “La teoría pura del Derecho aspira a librar esa definición de dicho elemento, separando radicalmente el concepto de norma jurídica del de norma ética, del cual deriva en las concepciones dominantes, y afirmando la autonomía del Derecho frente a la ley moral. Para ello, rompe con la concepción tradicional que hace de la norma de Derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la norma moral, afirmándola, en cambio, como un juicio hipotético en la cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada.”¹³⁰

Kelsen sostiene que las normas morales son esencialmente distintas a las normas jurídicas, y que las primeras, para efectos, de los fines del derecho, son innecesarias e intrascendentes.

Y los positivistas, en general, defienden la validez de las leyes, sin importar qué contenido tengan; si éste es “justo” o no.

La escuela de Uppsala, en Suecia, arremetió contra todo lo que tuviera un tinte valorativo en el derecho. Se le llegó a tachar de “nihilismo axiológico”: “No es sorprendente que en su tiempo la crítica estigmatizara a la filosofía de Uppsala como moralmente disolvente y como un peligro para la cultura.”¹³¹ Y ciertamente, los

¹²⁹ ORREGO S., Cristóbal: *De la Ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 30, No. 2. Pág. 309.

¹³⁰ KELSEN, Hans: *La Teoría pura del derecho*; Op. Cit. Pág. 23.

¹³¹ GEIGER, Theodor: *Moral y Derecho, polémica con Uppsala*, Ed. Fontamara, 1992, México. Pág. 21.

representantes de la Escuela de Uppsala¹³² sostienen que los valores son “ilusiones y las valoraciones (son) *teóricamente* sin sentido.”¹³³

“La moral y el derecho han alcanzado en su desarrollo un punto en el que se han separado recíprocamente. En épocas remotas, la costumbre contuvo in complexu el núcleo de ambos, de la moral y del derecho. En virtud de la polarización, ambos se han convertido en dos sistemas independientes explícitamente existentes el uno al lado del otro. La costumbre ha convertido a la moral, a través de la espiritualización, en un orden “interno” y al derecho, a través de la institucionalización, en un orden externo.”¹³⁴

“... (E)n la realidad predomina una confusión moral general, tanto a nivel individual como de grupo. De esta manera, la moral misma se vuelve inadecuada para la regulación de las relaciones interhumanas. ¿Cómo puede constituir entonces el fundamento del orden jurídico? La moral general que supuestamente constituye un núcleo común en las morales autónomas de los individuos, resulta ser una ficción.”¹³⁵

Desde otra perspectiva positivista, se considera que el derecho no es más que una técnica para resolver conflictos. Que esta técnica tiene en cuenta el comportamiento de los individuos en una sociedad, sin que ello implique, en absoluto, un contenido axiológico. Que el derecho sólo tiene que observar lo que pasa en la sociedad para determinar, en ley, qué “bienes”, de los que se distinguen y sobresalen, tiene que proteger con una norma jurídica.

Lo anterior lo expresa de esta manera Guest: “What positivists conclude from this is that the law is a kind of **social technology** which regulates the behavior of its subjects and resolves conflicts between them. The law has no necessary moral character... **Emotivists** of various kinds, for example, believe that what we call our moral beliefs are ultimately just expressions of our emotional attitudes.”¹³⁶

Como lo expresa Martínez Muñoz al hablar del realismo norteamericano: “Presuponen un no cognoscitivismo ético (Llewellyn) donde la moral y la justicia quedan fuera del derecho. Consideran que el derecho tiene una naturaleza instrumental. No se entiende en sentido peyorativo ni se desprecia el derecho, pero se contempla como una técnica de resolución de conflictos... La perspectiva instrumental hace que el derecho tenga dos características importantes.

¹³² Hägerström, Ljungdal, Hedenius.

¹³³ GEIGER, Theodor: *Op. Cit.* Pág. 22.

¹³⁴ *Ibidem.* Pág. 176-177.

¹³⁵ *Ibidem.* Pág. 166.

¹³⁶ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. University of London External Programme, 2004. Pág. 69. http://sjmse-library.sch.ng/E-Books%20Phil/juris_chs1to4.pdf (16-septiembre-2015).

“De un lado el derecho se caracteriza por amoralismo, no tiene carácter moral. Esto implica que se rechaza toda fundamentación idealista o ética del mismo (que contemple valores o que tenga fines axiológicos), para ellos el derecho es instrumental, es una técnica de solución de conflictos...”

“El derecho, por otra parte, se caracteriza por la ausencia de relación directa con la justicia y ésta... no es una característica esencial del derecho...”¹³⁷

2.1.3. Positivismo-relativismo

Los positivistas son sostenedores del relativismo. Creen que las concepciones de lo que es bueno o malo hacer dependen de la época, de las ideas dominantes en una determinada sociedad, de lo que cada grupo, incluso en un mismo Estado, considera como bueno o como malo. Ejemplo de ello sería el aborto: para unos es un asesinato; para otros es extirpar un quiste del organismo con base en el derecho de libertad y de autonomía sobre el propio cuerpo. Es aducido también, como fundamento de este relativismo, la consideración del propio honor que tenía en el duelo un reconocimiento oficial; y que, sin embargo, en nuestra época se considera como algo que debe ser evitado. Del mismo modo, cabe hablar de la libertad religiosa, ahora un derecho indiscutible, pero, en otras épocas, un delito execrable.

Para los positivistas, pues, el derecho es esencialmente mutable, y esta mutabilidad depende de las siempre cambiantes relaciones sociales, de las teorías en voga, de los intereses predominantes.

El relativismo es mucho más fácil de comprender y aceptar para el hombre actual. Antes de la revolución copérmica del humanismo en que el centro era Dios, era menos complicado entender y vivir en una sola perspectiva. Cuando el hombre se convierte en el centro del universo, no es que se esté cambiando el fundamento. Lo que sucede es que muchos de estos centros se quisieron convertir en el único centro y reclamaron para sí toda la atención, como si en verdad fueran el único dios. Al existir muchos “únicos” dioses-hombre se introducen muchas formas de pensar y todo se convierte en relativo. La verdad, se comienza a decir, es verdad para los que piensan o miran las cosas como tú; pero también los del otro “centro único” tienen su verdad, y así innumerables más.

Savigny y la escuela histórica aplicaron al derecho el relativismo normativo. Si el derecho, como afirmaron, es producto de la conciencia social, esta conciencia puede cambiar, y, por tanto, las normas lo hacen. “... (Savigny) ha detto che *la fonte del diritto è nella coscienza nazionale...* per cui si ammette già la possibilità di mutamenti nel tempo e nei popoli...”¹³⁸

¹³⁷ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Págs. 91-92.

¹³⁸ BONFANTE, Pietro: *Lezioni di filosofia del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano 1986. Pág. 67

Kelsen, en su polémica con el iusnaturalismo defiende la coherencia del relativismo, en virtud de que no existe una norma trascendente al derecho. Así lo expone: “Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales. Pero el principio de la justicia que se refiere a la formación del derecho positivo, en tanto que exige un derecho con un contenido determinado, es una norma de la moral positiva, que al igual que el derecho positivo puede ser diferente en tiempos y lugares diferentes...”

“Una doctrina jurídica positivista... No niega que la formación de un orden jurídico positivo puede estar, y como regla de hecho lo está, determinada por la representación de alguna de las muchas posibles normas de justicia y en especial, no niega que todo orden jurídico positivo, es decir, los actos mediante los cuales son creadas sus normas pueden ser valorados según una de esas normas de justicia y juzgados como justos o injustos. Pero insiste en que esas escalas de valor sólo tienen carácter relativo y que, por lo tanto, los actos mediante los cuales ha sido creado un mismo orden jurídico positivo son justificados como justos si se miden con una escala, pero condenados como injustos si se miden con otra; que, sin embargo, un orden jurídico positivo es independiente en su validez de las normas de justicia según las cuales se valoran los actos creadores de sus normas. Porque una doctrina positiva del derecho reconoce el fundamento de validez de un orden jurídico positivo no en las múltiples normas de justicia, puesto que no puede dar preferencia a ninguna de ellas, sino en la ‘norma fundamental’ hipotética, esto es: presupuesta en el pensamiento jurídico. De acuerdo con ella debemos conducirnos y tratar a los hombres como corresponde a la primera constitución histórica, eficacia en general, sin tener en cuenta si el orden erigido con arreglo a esa constitución corresponde o no a alguna norma de justicia.”¹³⁹

Por otro lado, hoy más que nunca estamos expuestos al relativismo. En la era de la información, la verdad ya no es la *adecuatio mentis rei*, sino los datos que masivamente nos llegan e invaden de todas las latitudes del mundo. Lo real es lo que dicen las redes sociales. Lo que quizás no sea más que una opinión, termina, en cuestión de minutos, siendo un axioma irrefutable ante la fuerza de los “hashtag”.

2.1.4. La coacción

Los positivistas afirman que la fuerza coactiva del derecho radica en la voluntad estatal de hacer cumplir las normas: “Lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica y constituya un delito... no es una cualidad inmanente de

¹³⁹ KELSSEN, Hans: *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 6, número 12, 2008. Traducción de Eugenio Bulygin. Págs. 192-194.

la misma, ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir, trascendente al Derecho positivo; sino única y exclusivamente el hecho de que el precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica; es decir, el hecho de que el orden jurídico reacciona contra esa conducta con un acto de coacción.”¹⁴⁰

“Del Vecchio, refiriéndose a la positividad del derecho, considera que no es otra cosa que la mayor o menor eficacia poseída en cierto momento por una norma o por un conjunto de normas, eficacia que siempre es variable, dependiendo de factores psicológicos y hasta físicos, que precisamente constituyen la historia.”¹⁴¹

La coacción es la base común del derecho para los positivistas. Kelsen, comentando la concepción de la teoría jurídica de Alf Ross, dice: “... Esto quiere decir que la teoría realista de Ross —en completa concordancia con la Teoría Pura del Derecho— caracteriza al derecho como un sistema de normas coactivas de deber ser, es decir, de normas que prescriben a ciertos órganos jurídicos que ellos, en determinadas condiciones, *deben* dirigir actos de fuerza contra seres humanos.”¹⁴²

En este sentido, el derecho tiene que ser eficaz. Lo que equivale a que se imponga, si es necesario con la fuerza, con independencia de la voluntad de las personas. Por eso, Kelsen sostiene que “el Estado es un orden coactivo de la conducta humana... que el Estado como persona no es otra cosa que la personificación del orden jurídico, y que el Estado como poder no es sino la eficacia de dicho orden.”¹⁴³

Preciado Hernández señala que si la nota de la coacción se constituye como esencial al derecho, y así parece que muchos iuspositivistas lo hacen, entonces “se llega a identificar los términos ‘hecho’ y ‘derecho’, y más adelante se afirma ‘el derecho de la fuerza’ y se desconoce ‘la fuerza del derecho’.”¹⁴⁴

La eficacia con la que el positivismo distingue al derecho conlleva, también en la visión de éste, a la certeza y seguridad jurídica. Si la conducta de los hombres en sociedad está sujeta a las leyes, que son coactivas, entonces, todos sabrán a qué atenerse si su comportamiento no se adecúa a las disposiciones normativas. Y el Estado, garante de esa eficacia, como lo señala Kelsen, es también el promotor de la seguridad y certeza jurídica: la ley se aplica en forma general, sin miramientos ni excusas.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho*; Op. Cit. Pág. 26.

¹⁴¹ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª, 1984. Pág. 149.

¹⁴² KELSEN, Hans: *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Op. Cit. Pág. 13

¹⁴³ KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho*; Op. Cit. Pág. 79

¹⁴⁴ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: Op. Cit. Pág. 150.

2.2. EL IUSNATURALISMO

Las pinceladas que nos pueden dar la imagen del iusnaturalismo jurídico serían de este talante: “Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecos de su contenido”.¹⁴⁵

En palabras de un iusnaturalista, como Javier Hervada, se dice que el derecho es: “El conjunto de reglas (de derecho) procedentes de la razón natural... (a las cuales) se llama derecho natural en sentido objetivo, o simplemente –por traslación de lenguaje como hemos dicho- derecho natural... El derecho natural –o conjunto de normas jurídicas naturales- está constituido *por prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia*.”¹⁴⁶ Y, precisando, “Por ley natural se entiende, en propiedad de lenguaje, el conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre... podemos describir la ley natural como *el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona*.”¹⁴⁷

En términos generales, y sin entrar a matices, los iusnaturalistas consideran que el derecho es parte de la naturaleza –la ley natural. “... en su aspecto ontológico, la ley natural es un orden ideal que se refiere a las acciones humanas, una línea que separa las aguas de lo que conviene y lo que no conviene, de lo propio y lo impropio, que depende de la naturaleza o esencia humana y de las necesidades inmutables que están enraizadas en ella. ...Para el hombre, la ley natural es una ley moral, porque el hombre la obedece o desobedece libremente, no por necesidad...”¹⁴⁸.

Dentro del iusnaturalismo, como veremos, hay concepciones que difieren, unas, en matices; otras, en puntos fundamentales. Incluso hay autores que han calificado de iusnaturalista la concepción marxista del derecho. Así Bonfante, por ejemplo, cree que el materialismo histórico, que considera al derecho como una superestructura, es una forma de “iusnaturalismo”: “Al lume della sociologia odierna e dell’osservazione delle varie società umane nei diversi gradi di progresso è nato lo sforzo di stabilire un diritto conforme a certe date epoche, a date condizioni di esistenza e quindi di stabilire uno svolgimento universale del diritto con fasi

¹⁴⁵ GARCÍA MÁYNEZ, *Op. Cit.* Pág. 130.

¹⁴⁶ HERVADA, Javier: *Introducción crítica al Derecho Natural*, Ed. Minos, 3ª, México, 1996. Pág. 137-138.

¹⁴⁷ *Ibidem.* Pág. 144.

¹⁴⁸ MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1ª reimpresión 1997. pág. 104

successive; queste fasi avrebbero un carattere di necessità quale si attribuiva all'antico diritto naturale, la necessità che là si reputa eterna, qui si reputa bensì mutevole, ma retta dalla legge della causalità naturale. Una delle applicazioni più vaste di questa concezione del mondo è quella del cosiddetto *materialismo storico*, in cui tutto si subordina al concetto economico e nelle varie fasi della umanità, l'etica è rappresentata come una superstruttura economica in guisa che in una data fase si concepisce come necessario ed etico anche l'istituto della schiavitù.”¹⁴⁹

Es claro que Bonfante hace una similitud muy abierta para establecer que, en cierto modo, si todo dependen de lo económico, y esto es “lo natural”, también el derecho estará determinado por ese elemento-fundamento “natural”, y, por consiguiente, por extrapolación, recibirá también la denominación de derecho natural.

Para Preciado Hernández “el derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales –supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico.”¹⁵⁰

2.2.1. La ley natural

Los iusnaturalistas consideran que el derecho es parte de la naturaleza. “... en su aspecto ontológico, la ley natural es un orden ideal que se refiere a las acciones humanas, una línea que separa las aguas de lo que conviene y lo que no conviene, de lo propio y lo impropio, que depende de la naturaleza o esencia humana y de las necesidades inmutables que están enraizadas en ella.” “...Para el hombre, la ley natural es una ley moral, porque el hombre la obedece o desobedece libremente, no por necesidad...”¹⁵¹

Para Santo Tomás, la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la creatura racional: “Unde patet quod lex naturales nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura”.¹⁵² Y por ley eterna, el Aquinate entiende la disposición racional de Dios, que no tiene tiempo, con la que gobierna el universo: “Manifestum est autem... quod tota communitas universo gubernatur ratione divina. Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in príncipe universitatis existens, legis habet rationem. Et quia divina ratio nihil concipit ex

¹⁴⁹ BONFANTE, Pietro: *Op. Cit.* Pág. 67.

¹⁵⁰ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Op. Cit.* Pág. 235

¹⁵¹ MARITAIN, Jacques: *Op. Cit.* Pág. 104.

¹⁵² Sm. Th. I-II, q. 91, a. 2, corpus.

tempore, sed habet aeternum conceptum... inde est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam.”¹⁵³

Por lo tanto, si la ley natural es una participación, en la creatura racional, de la ley eterna, el hombre tiene que realizar la disposición divina. Esto es, está naturalmente inclinado a realizar los actos tendientes a la consecución de su propia realización personal. “... omnis operatio, rationis et voluntatis derivatur in nobis ab eo quod est secundum naturam... nam omnis ratiocinatio derivatur a principiis naturaliter notis, et omnis appetitus eorum quae sunt ad finem, derivatur a naturali appetitu ultimo finis. Et sic etiam oportet quod prima directio actuum nostrorum ad finem, fiat per legem naturalem.”¹⁵⁴

En relación a lo anterior, Hervada dice: “Ley eterna y ley natural son dos modos distintos de ser de la misma ley: En cuanto está en Dios (*sicut in regulante e mensurante*) es ley eterna; en cuanto se participa en las criaturas (*sicut in regulato et mensurato*) es la ley natural. Conocemos, pues, la ley eterna, conociendo la ley natural.”¹⁵⁵

La teoría iusnaturalista no sostiene la igualdad normativa; no afirma que todos los ordenamientos jurídicos deban ser iguales. Lo que defiende es un deber de actuar conforme a la razón. Es la razón práctica la que descubre los bienes – generales y/o básicos (Finnis)- que el hombre ha de realizar para alcanzar su plenitud. La ley natural es, en otras palabras, el dictamen de lo que, en libertad, debe hacer el ser humano.

De esta forma, “Cuando los autores están hablando de derecho natural no se refieren a una teoría, sino a un hecho real: nuestra razón nos *prescribe* como obligatorias determinadas conductas u omisiones. Estos dictados de la razón, que se nos presentan como formalmente obligatorios, con obligación perfecta, es lo que recibe el nombre de ley natural. Esta captación práctica de los dictámenes racionales como obligatorios no está necesariamente vinculada al conocimiento de Dios... Ni tampoco el dictamen de la razón natural consiste de hecho siempre en la captación del precepto como mandato divino, sino en la captación del bien como algo que hay que hacer y del mal como algo que hay que evitar, siendo la conciencia el juicio de aprobación o desaprobación de la conducta; el sentimiento de culpa por la contravención de la ley natural conocida es un hecho real, como es un hecho real que ese sentimiento de culpa se pueda presentar aun sin una referencia directa a Dios...”¹⁵⁶

¹⁵³ Sm. Th. I-II, q. 91, a. 1, corpus.

¹⁵⁴ Sm. Th. I-II, q. 91, a. 2, ad 3.

¹⁵⁵ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Ed. Eunsá 3ª, 1996, Pamplona. Pág. 162.

¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 234.

Budziszewski, desde una perspectiva claramente católica, sostiene que la ley natural “is especially pertinent to *politics* just because it is written on the heart, for that makes it a standard for believers and unbelievers alike; not only is it right for all, but at some level it is known to all. Even the pagans knew it. Their caught hints of it in the plays of Euripides, they heard its name in the treatises of the Stoics, they saw it reflected in the commentaries of the Roman lawyers, and all these things made sense to them because, like us, they felt it pressing upon their inwards: prior to art, prior to philosophy, prior to statecraft.”¹⁵⁷

Piensa, Budziszewski, que el punto de contacto entre creyentes y no creyentes, sobre lo que es la ley natural, está en la propia conciencia: “That point is general revelation, which ‘penetrates the very mind of man even in his revolt’ so that his conscience bears witness despite himself. Natural law is but the moral aspect of this penetrating arrow.”¹⁵⁸

Exponiendo la doctrina iusnaturalista de Jacques Maritain, el Profesor Agazzi dice: “La ley natural tiene un estatus *ontológico*: es ‘*interior* al ser de las cosas como lo es su esencia misma’. Puesto que ‘admitimos que existe una naturaleza humana y que esta naturaleza humana es la misma en todos los seres humanos’, de ello se sigue que la *universalidad* de la ley natural está garantizada por la unicidad de la naturaleza humana o esencia y por el hecho de que ‘al poseer una naturaleza o una estructura ontológica en que residen necesidades inteligibles, el ser humano tiene fines que corresponden necesariamente a su constitución esencial y que son los mismos para todos’. Esta precondition ontológica no genera automáticamente una lista de derechos y deberes humanos explícitos, porque éstos tienen que ser determinados en una gran variedad de situaciones existenciales y sobre la base de un conocimiento correcto de la ley natural, un conocimiento que está expuesto a errores y se encuentra en un proceso de ahondamiento y refinamiento indefinido en el contexto del crecimiento evolutivo sociohistórico y cultural del género humano. Este hecho fundamental justifica el descubrimiento y la formulación graduales de normas morales y derechos humanos más detallados, lo que no implica ninguna especie de relativismo sino la conciencia de que el conocimiento de la verdad (especialmente en este campo) es algo muy complejo, que al mismo tiempo implica análisis lógico y compromiso existencial.”¹⁵⁹

Por lo que se refiere al conocimiento de la ley natural, Hervada dice: “supuesto que existe un orden objetivo de las cosas, las cuales tienen una estructura racional, ¿es esa estructura racional el origen de la obligación perfecta con que se presenta el dictamen de la razón en el obrar moral del hombre, o el origen reside en

¹⁵⁷ BUDSISZEWSKI, J.: *Written on the heart, The case for natural law*, Ed. InterVarsity Press, Illinois, USA, 1997. Pág. 11.

¹⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 185.

¹⁵⁹ AGAZZI, Evandro: *¿Por qué tienen derechos humanos los seres humanos?*, en *Moral y Derecho*, Ed. Poder Judicial Federal y Universidad Autónoma Metropolitana, 1ª reimpresión, México 2011. Pág. 97.

ser ley dada por Dios, siendo entonces el dictamen de la razón humana una participación creada de un dictamen del entendimiento divino? En el primer caso, lo que el entendimiento humano captaría radicalmente es ese orden racional, el cual se entendería desvinculado de Dios o no, según se entendiese la relación del mundo con Dios. En el segundo caso, en cambio, lo que la razón captaría a través del conocimiento de la bondad o malicia de la acción es un dictamen del entendimiento divino, del cual es participación. Cuando el conocimiento de la realidad es completo, el hombre captará ese dictamen como ley de dios; pero cabe que el hombre, ignorando que Dios existe, lo capte como ley de la sola naturaleza humana; en cualquier caso hay un conocimiento de la ley natural como verdadera ley y, correlativamente en caso de quebrantamiento, el sentimiento de culpa. Si no se capta como verdadera ley, entonces la cuestión ya es otra: se trata de la ignorancia de la ley natural.”¹⁶⁰

2.2.2. Iusnaturalismo y moral

Si el positivismo hace una tajante distinción entre derecho y moral, el iusnaturalismo está íntimamente enlazado con ésta. Es más, podría afirmarse que la obligación jurídica tiene su fundamento en la moralidad que comporta la ley: si es una deducción o concreción de las exigencias de la racionalidad humana; y, por consiguiente, del deber del hombre de hacer el bien y evitar el mal, entonces, es un deber moral obedecer la ley positiva.

“Most human laws, even just ones, do not simply reproduce the requirements of morality (i.e. of the natural moral law). But just human laws do have moral authority and thus, by entailment, moral obligatoriness.

...There is a sense in which the rule of the road –keep to the left/keep to the right- gets all its force from the authoritative custom, enactment, or other determination laying it down. But there is another and equally important sense in which such a rule of the road gets ‘all its normative force’ from the principles of practical reason which require us to respect (and our legislative representatives to promote) safety on the road, taking those principles in combination with non-positated facts about communication difficulties, traffic flows, braking distances, human reaction times, and so forth.”¹⁶¹

El valor del derecho no está en la formalidad ni en la coacción o eficacia del mismo. Elementos, todos éstos, externos al derecho. Para el iusnaturalismo: “El orden moral –cuya expresión y principio rector es la ley natural- no puede entenderse, pues, como un orden extrínseco al hombre, porque es la dimensión orden del hombre como persona; en palabras de Del Portillo, es el conjunto de

¹⁶⁰ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 234-235.

¹⁶¹ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Ed. Oxford University Press, 1998. Pág. 266 y 268.

exigencias que derivan de la estructura óntica del hombre en cuanto es un ser personal.”¹⁶²

“El hombre, imagen de Dios, tiene un orden específico impreso en su ser: el orden de su obrar en cuanto tal hombre; es el orden moral, participación finita de la bondad infinita de Dios, en conformidad con el cual el hombre obra como tal y se perfecciona, a la vez que separándose de él obra contra su propio ser y contra la voluntad divina. Hay una íntima relación entre el orden moral y el ser del hombre, porque el orden moral es orden del ser humano. Obrar conforme al orden moral es perfeccionarse, quebrantarlo es degradarse.”¹⁶³

El iusnaturalismo de la escolástica se funda en la naturaleza, en cuanto principio de la acción del ser humano y, consecuentemente, considera que el derecho no sólo está íntimamente relacionado con la moral, sino que el objeto del derecho es la justicia. “La norma es jurídica en función del *ius* o derecho (en sentido realista)... una norma es jurídica, cuando la conducta que prescribe constituye una deuda justa.”¹⁶⁴ Y la justicia es un deber moral.

“From the time of the ancient Greeks up until the sixteenth or seventeenth centuries, there really was only one kind of ‘legal theory’ – natural law. The essence of this legal theory was that the law must be understood as a practical application of morality; hence law and morality are intimately connected. Accordingly, much of natural law theory sought to show how legal authorities such as princes, states, and so on, could lay down laws which reflected the true dictates of morality, and were, therefore, just.”¹⁶⁵

Por su relación con la moral, al iusnaturalismo frecuentemente se le asocia con doctrinas religiosas y se trata de marginarlo con el calificativo de “conservador”. Como dice Sandel: “In contemporary politics, virtue theories are often identified with cultural conservatives and the religious right. The idea of legislating morality is anathema to many citizens of liberal societies, as it risks lapsing into intolerance and coercion. But the notion that a just society affirms certain virtues and conceptions of the good life has inspired political movements and arguments across the ideological spectrum. Not only the Taliban, but also abolitionists and Martin Luther King, Jr., have drawn their visions of justice from moral and religious ideals.”¹⁶⁶

¹⁶² HERVADA, Javier: *Derecho Natural, Democracia y Cultura*, Conferencia pronunciada en el Colegio Mayor Montalbán de Madrid, el 2 de noviembre de 1978. Publicada en *Escritos de Derecho Natural*, Ed. Eunsa, 1ª, Pamplona, 1986, pág. 357.

¹⁶³ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 156.

¹⁶⁴ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 135.

¹⁶⁵ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. Op. Cit. Pág. 61.

¹⁶⁶ SANDEL J, Michel: Op. Cit. Pág. 20.

En la concepción iusnaturalista, la ley positiva, si bien no se identifica con la moral, sí debe tener una connotación ética. Porque, finalmente, toda ley debe ser conforme a la ley natural, y ésta es la que determina lo que el hombre debe de hacer o debe de evitar. Es decir, lo que es bueno o lo que es malo.

2.2.3. Iusnaturalismo-objetividad

Para los iusnaturalistas existen principios inmutables: “...en qué sentido puede decirse que la ley natural es común a todos, dirá Santo Tomás que la ley natural, en cuanto a los primeros principios comunes, es la misma en todos los hombres, tanto por la rectitud de su inteligencia, como por el conocimiento que de ellos se tiene. En cuanto a los preceptos particulares, que son a modo de conclusiones derivadas de los principios comunes, la ley natural es la misma en la generalidad de los casos, pero, en su aplicación pueden darse excepciones por razón de las circunstancias; y en cuanto a su conocimiento, éste puede fallar en casos concretos, bien por fallo en el razonamiento, bien por ignorancia a causa de la perversión de la razón debida a las pasiones o a los malos hábitos.”¹⁶⁷

Estos principios inmutables no pueden ser marginados o desconocidos por las normas positivas, y mucho menos contradecirlos. “Llamamos derechos naturales originarios a aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana”.¹⁶⁸

Los iusnaturalistas sostienen, no que existe una coincidencia generalizada en los contenidos y prácticas morales, sino que hay unos principios generales, “inderivados” (como afirma Finnis) y evidentes que todo hombre puede descubrir por sí mismo. “El único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común, como un principio evidente de por sí e intelectualmente percibido en virtud de los conceptos implicados en él, es que hay que hacer el bien y evitar el mal.”¹⁶⁹

Budziszewski propone y contesta la objeción sobre la diversidad de concepciones sobre el bien, en la forma siguiente: “Natural-law doctrine claims to articulate moral principles that are accepted by everyone, everywhere. Yet different principles are held in different places. But everyone does know certain principles: there is no land where murder is virtue and gratitude vice. Moreover natural lawyers admit diversity in moral practice too. Such diversity can exist for both good and bad reasons: (1) not all moral rules are universally known, but only first principles; (2) under different circumstances the same rule may have to be applied in different ways; (3) right application requires the exercise of practical wisdom, which cannot

¹⁶⁷ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 168.

¹⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 92.

¹⁶⁹ MARITAIN, Jacques: *Op. Cit.* Pág. 106.

itself be exhaustively characterized by any list of rules; and (4) as everyone knows, there is a difference between knowing something and admitting it to oneself.”¹⁷⁰

2.2.4. Iusnaturalismo: prioridad de la ley natural

El iusnaturalismo defiende la supremacía de la ley natural. No en el sentido de que existan dos órdenes normativos: el de la ley natural y del derecho positivo. Sino en el sentido de que una ley positiva que no sea acorde a la ley natural, carecería de “validez” en cuanto a contenido, y no podría ser calificada propiamente de ley.

Y también: “... una atribución o medida positivas que vayan contra un derecho natural no dan vida a un verdadero derecho y, en consecuencia, carecen de validez. Es el viejo principio enunciado por Gayo: “*Civiles ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*”. ... lo que contempla este principio es un acto de atribución o medida positivas que contradice a un derecho natural con título y medida determinados, o sea, que lesiona un derecho natural en sentido propio y estricto. En este supuesto, dado que lo justo está determinado por naturaleza, lo establecido positivamente –al ir contra lo justo- es injusto; y si no es *lo justo* –más todavía, es *lo injusto* en el caso concreto- es evidente que no es, por definición derecho, pues, ya hemos dicho repetidamente que derecho es igual a *lo justo*. Lo justo en el caso concreto no será lo positivo, sino lo natural. Luego la justicia negará el pretendido derecho positivo y el arte de lo justo consistirá en rechazar lo establecido positivamente. Además, es debido lo justo, la cosa justa; lo injusto no es debido, sino todo lo contrario”.¹⁷¹

“De este modo, la ley natural, de la que el Decálogo es resumen como ya dijimos, permanece como la base de la moral, enriquecida sin duda por la filiación divina, pero no abrogada por ella. A la vez, la ley natural no es sólo ley de la naturaleza, sino también ley de Dios. Consecuencia de esto es que la ley natural ha de prevalecer sobre la ley positiva, cuando ésta contiene dictados contrarios a aquélla: es preciso obedecer a Dios antes que a los hombres.”¹⁷²

2.2.5. Iusnaturalismo y la ley injusta

No podría pensarse, desde una perspectiva iusnaturalista, en una ley positiva que no fuera acorde a las exigencias y/o inclinaciones de la naturaleza racional del hombre. Por eso, en esta posición de un iusnaturalismo “puro” no puede tener carácter de ley la norma injusta.

¹⁷⁰ BUDSISZEWSKI, J.: *Written on the heart, The case for natural law*. Op. Cit. Pág. 208-209.

¹⁷¹ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Op. Cit. Pág. 113-114.

¹⁷² HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 96.

Sería una contradicción “in terminis” que una ley fuera injusta; que atentara contra los principios de la ley natural. La ley, si tiene tal carácter siempre será una ley justa. Sin embargo, en la realidad de los sistemas jurídicos nos encontramos con disposiciones que no están totalmente conformes con la ley natural, o que son abiertamente contrarias a lo que ésta señala. Estas disposiciones positivas no tienen, para los iusnaturalistas, el carácter de ley y, por lo tanto, no implican obligatoriedad alguna. No sólo pueden, sino que deben ser desobedecidas.

“La ley positiva injusta sólo tiene, jurídicamente, una interpretación: *lex injusta, lex nulla*; es la antigua regla romana... la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales. La solución ante una ley tal es... la desobediencia cívica, la resistencia pasiva o activa y, en los casos extremos, la rebelión.”¹⁷³

El carácter de ley no lo da pues ni la “norma fundamental” kelseniana, ni la creación formal de la misma, ni siquiera la decisión unánime de los que conforman la comunidad estatal. La ley sólo es ley si es una conclusión o una determinación de la ley natural. Maritain decía: “Una ley no se hace justa por el mero hecho de que exprese la voluntad del pueblo. Una ley injusta, aunque sea expresión de la voluntad del pueblo, no es una ley.”¹⁷⁴

El iusnaturalismo sostiene, por eso, que el sistema normativo positivo no es distinto, ni mucho menos distante, del sistema normativo de la ley natural. Ese muro o abismo infranqueable del que hablan los positivistas, entre derecho positivo y derecho natural no existe. “...Lo natural y lo positivo no son dos sistemas paralelos de derechos, sino dimensiones de un solo sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo...Lo positivo es desarrollo de un núcleo de juridicidad natural.”¹⁷⁵

San Agustín, quien fuera el autor de la celebre frase: *lex injusta non est lex sed corruptio legis*, en la interpretación al respecto que hace Hervada, afirmaría lo siguiente: “De la ley eterna – y por tanto de la ley natural- deriva cuanto hay de justo o legítimo en la ley humana (*lex temporalis o lex scripta in litteris*); nada es justo que no derive de la ley eterna, del tal modo que una ley que no se funde en la justicia natural o divina, no es ley y, por ello, no obliga en conciencia. No pretende, con esto, San Agustín que la ley positiva realice todas las exigencias de la ley natural, prohibiendo y castigando todo lo que es contrario a ella, es decir, todos los vicios; sólo debe prohibir y castigar necesariamente aquellos que es preciso reprimir para obtener el fin propio del derecho que es la paz social. Con ello San Agustín aludía a

¹⁷³ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Op. Cit. Pág. 184.

¹⁷⁴ MARITAIN, Jacqs: *Op. Cit.* Pág. 61

¹⁷⁵ HERVADA, Javier: *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Op. Cit. Pág. 120.

un tema, el de los límites del derecho en relación a la moral, que luego tendría gran trascendencia.”¹⁷⁶

En base a lo anterior, se concluye y se reafirma que “...la ley directamente contraria a los preceptos de la ley natural (ley de Dios), no es verdadera ley; la ley injusta e inmoral es ley nula.”¹⁷⁷

2.2.6. Finnis y la ley injusta

La teoría iusnaturalista finnisiana tiene otra perspectiva de la ley injusta. Señala que sí es ley, aunque no en sentido propio, sino analogado. No indica que carezca de obligatoriedad. Más bien manifiesta que, para evitar males mayores, debe ser obedecida. Tampoco hace tema principal, en su exposición, al de la ley injusta. Es un punto que trata, pero no expone flanco a las críticas que los positivistas han hecho en relación a negar carácter de ley a la ley injusta.

Finnis, en realidad, sigue textualmente en ello a Santo Tomás, quien afirma que sólo en casos verdaderamente extremos, las leyes injustas pueden ser desobedecidas. “Iniustae autem sunt leges dupliciter. Uno modo, per contrarietatem ad bonum humanum, ex contrario praedictis: vel ex fine, sicut cum aliquis praesidens leges imponit onerosas subditis non pertinentes ad utilitatem communem, sed magis ad propriam cupiditatem vel gloriam; vel etiam ex auctore, sicut cum aliquis legem feret ultra sibi commissam potestatem; vel etiam ex forma, puta cum inaequaliter onera multitudini dispensantur, etiam si ordinentur ad bonum commune. Et huiusmodi magis sunt violentiae quam leges... Unde tales leges non obligant in foro conscientiae: nisi forte propter vitandum scandalum vel turbationem, propter quod etiam homo iuri suo debet cedere...”

“Alio modo leges possunt esse iniustae per contrarietatem ad bonum divinum: sicut leges tyrannorum inducentes ad idololatriam, vel ad quodcumque aliud quod sit contra legem divinam. Et tales leges nullo modo licet observare...”¹⁷⁸

Finnis, al comentar esta *questio* de la Summa Theologiae, señala: “... laws which are unjust... may, on occasion, create an obligation in conscience just to the extent that disobedience would cause disorder or demoralization {turbatio} or give the kind or ‘example’ that leads others into wrongdoing. To avoid those sorts of unjust harm to public and private good one may have a moral obligation to *forgo one’s right(s)* {iuri suo debet cedere}.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 105.

¹⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 107.

¹⁷⁸ Sm. Th. I-II, q. 96, a. 5, corpus.

¹⁷⁹ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 273.

2.2.7. El iusnaturalismo y la ley positiva

No todo lo que es moral es derecho. El campo de lo moral es mucho más amplio que el del derecho: abarca todos los aspectos de la persona. El derecho sólo a aquellos en los que el individuo entra en relación con otros en una comunidad completa.

Santo Tomás afirma que el hombre más que un “animal político” es un ser social. Y la más básica y natural de las relaciones sociales se da en la familia. En toda familia hay reglas, pero éstas no son leyes, en el sentido jurídico, porque no es una comunidad completa. No existe, en la familia, la imparcialidad necesaria ni la objetividad que se precisa para dar a cada quien lo suyo; para restablecer los daños que pudieran haberse causado, para resarcir a todos en la proporción debida los bienes que son comunes. Las limitaciones en ello, hacen que la familia, con todos los elementos positivos que tiene para el desarrollo de la personalidad, no sea suficiente para la realización del fin de la persona humana: su plenitud como ser racional.

“The thought that we cannot live reasonably and well apart from a *civitas* is consistent with the proposition that the common good specific to the *civitas* as such –the public good- is not basic but, rather, instrumental to securing human goods which are basic (including other forms of community or association, especially domestic and religious associations) and none of which is in itself specifically political, i.e. concerned with the state. If that proposition needs qualification, the qualification concerns the restoration of justice by the irreparable modes of punishment reserved to state government.

“Consider both the proposition and the possible qualification. What is it that solitary individuals, families, and groups of families inevitably cannot do well? In what way are they inevitably ‘incomplete’? In their inability (1) to secure themselves *well* against violence (including invasion), theft, and fraud, and (2) to maintain a fair and stable system of distributing, exploiting, and exchanging the natural resources which, Aquinas thinks, are in reason and fairness –‘naturally’ (not merely ‘initially’)- things common to all. That is to say, individuals and families cannot well secure and maintain the elements which make up the *public good* of justice and peace –a good which, with good fortune, will also include prosperity. And so their instantiation of basic goods is less secure and full than it can be if public justice and peace are maintained by law and other specifically political institutions and activities, in a way that no individual or private group can appropriately undertake or match. Individuals’ and groups’ need for political community is *that* need, and the political community’s specific common good is, accordingly, that *public* good.

“Suppose nobody was badly disposed, unjust, recalcitrant. Would there be need for states with their governments and laws? Aquinas is clear that in such a paradise there would still be need for ‘government and direction of free people’, since social life requires some unity of social action and where there are many people –intelligent and good people- there are many competing ideas about what actions should be done for the sake of the common good.

“... When a society not only has individuals flourishing in families and other private associations and dealings but also is equipped for public justice, it is in principle complete, *perfecta*.”¹⁸⁰

La ley positiva es necesaria incluso en una sociedad de gente perfecta, como lo dice Finnis. Sin embargo, no puede ni debe invadir la esfera en la que no se dan problemas de coordinación. Ese ámbito es específico de la ley natural-moral, o, en palabras de Finnis, de la racionalidad. El comportamiento respetuoso y lleno de amor al cónyuge y a los hijos; el trato digno a los trabajadores, interesándose por sus angustias humanas o económicas; la deferencia para con los porgenitores ansianos es algo que las leyes positivas no pueden controlar; aún cuando intenten y de hecho castiguen ciertos comportamientos negativos (violencia intrafamiliar, injuriar a los otros, el mal trato a los mayores), la parte positiva y constructiva es inalcanzable para dichas leyes. Pero, además, sería invasivo que trataran de reglamentar la manera en la que los esposos se manifiestan su amor; la forma en que los patrones tuvieran que relacionarse con sus trabajadores fuera del centro de trabajo; el número y duración de las visitas que un hijo o un nieto tuviera que hacer a sus padres ancianos.

Las leyes positivas nunca podrán hacer nacer, por sí mismas, el cariño y el amor que sólo la razón, en la realización del bien puede generar. Pero las teorías iusnaturalistas nunca han afirmado que el derecho positivo carezca de valor o que no tenga una razón para la realización de la persona. Siempre han reconocido su necesidad y han visto en él, no sólo un instrumento para la solución de conflictos, sino un medio accesible, cercano y claro para que todos los miembros de una comunidad sepan cómo deben comportarse.

2.3. IUSNATURALISMO VS IUSPOSITIVISMO

La discusión sobre la naturaleza del derecho, especialmente a partir del siglo XIX, se ha partidizado en dos bandos que parecen, como se vio antes, irreconciliables: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Antagonismo que también puede resumirse en la discusión de: (i) si la moral tiene que ver con el derecho, o si cada uno de estos “códigos” son totalmente independientes uno del otro; (ii) si existe un derecho ideal o sólo un derecho posible; (iii) si el derecho es inmutable, por lo menos en sus principios general; o si no lo es, y dependen esencialmente del tiempo y de las circunstancias; y (iv) si el derecho implica necesariamente la coacción; o si puede existir un derecho sin necesidad de ser impuesto por la fuerza del Estado.

Así, la historia de de la filosofía del derecho se ha dividido en dos grandes bloques opuestos: el iusnaturalismo y el positivismo. El “legal positivism is only preoccupied with ‘what is the law’ and does not address the more fundamental

¹⁸⁰ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 247-248 y 249.

question ‘what is law’.”¹⁸¹ “By contrast, a natural law theory seeks both to give an account of the facticity of law and to answer questions that remain central to understanding law”¹⁸².

La oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo sigue estando presente hoy en día: “En 1953 Leo Strauß prologó su estudio de la ley natural con la advertencia de que ‘la cuestión del derecho natural se presenta hoy como un asunto de lealtad partidista. Si miramos a nuestro alrededor, vemos dos campos hostiles, fuertemente fortificados y vigilados. Uno está ocupado por los liberales de diversas clases, el otro por los discípulos católicos y no católicos de Tomás de Aquino.’”¹⁸³

El mismo Kelsen señaló este enfrentamiento doctrinal, en un artículo publicado originalmente, en español, en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, número. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961, pp. 9-45, y después recogido en el libro *Contribuciones a la Teoría pura del derecho*¹⁸⁴: “El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la Filosofía del Derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. Este último, en oposición consciente a aquélla, limita el objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia externa e interna, y en este sentido, a lo real o idealmente existente, como lo único cognoscible. Porque la doctrina del derecho natural es una “metafísica del derecho”, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho “positivo”, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre”.¹⁸⁵

Bonfante reconoce el antagonismo entre derecho natural y derecho positivo como algo que ha perdurado a lo largo de toda la historia de la filosofía: “La distinzione fra diritto ideale e diritto positivo è una delle tendenze più resistenti della speculazione filosofica esercitata intorno al diritto, anzi era il modo de rappresentare el compito della filosofia del diritto sino agli ultimi tempi...”¹⁸⁶

¹⁸¹ FINNIS, John, citado por NIRMAL: *Natural Law, Human Rights and Justice. Some Reflections on Finnis's Natural Law Theory*. Pág. 7. www.bhu.ac.in/lawfaculty/.../4_BC_NIRMAL_NATURAL%20LAW.doc (28 noviembre 2014).

¹⁸² *Ibidem*. Pág. 7.

¹⁸³ FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Traducción de Cristóbal Orrego S. Pág. 34.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans: *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*; Op. Cit.

¹⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 121.

¹⁸⁶ BONFANTE, Pietro: *Op. Cit.* Pág. 51.

En esta contienda, los que enarbolan la bandera del positivismo afirman que el derecho no tiene nada que ver con la moral, y que una ley es ley por el hecho de su creación de acuerdo a lo establecido en la norma fundamental, sin que el contenido de la misma sea determinante y ni siquiera de importancia para definir su carácter de ley. El derecho, dicen, no puede estar supeditado a la moral ni a cualquier otra doctrina filosófica o religiosa que pretenda arrogarse prioridades sobre las conductas de los hombre en sociedad.

El argumento recurrente en contra de los iusnaturalistas es que las sociedades actuales son totalmente distintas a las de la edad media, cuando Santo Tomás de Aquino escribió la Suma Teológica y trató las cuestiones sobre la ley. Antes la sociedad era monovalente; es decir, predominaba, con exclusión de cualquier otra religión o ideología, la doctrina católica. Ahora el mundo es polivalente; existen muchas maneras de concebir el mundo, la religiosidad, las costumbres. “For example, some people view a woman’s right to have an abortion as an essential human right, while others think of it as tantamount to a right to murder”.¹⁸⁷ Por consiguiente, no se puede afirmar que existan principios universales en la concepción de lo que moralmente es correcto.

“But who is to judge what is virtue and what is vice? Don’t citizens of pluralist societies disagree about such things? And isn’t it dangerous to impose judgments about virtue through law?... Life in democratic societies is rife with disagreement about right and wrong, justice and injustice. Some people favor abortion rights, and others consider abortion to be murder. Some believe fairness requires taxing the rich to help the poor, while others believe it is unfair to tax away money people have earned through their own efforts. Some defend affirmative action in college admissions as a way of righting past wrongs, whereas others consider it an unfair form of reverse discrimination against people who deserve admission on their merits. Some people reject the torture of terror suspects as a moral abomination unworthy of a free society, while others defend it as a last resort to prevent a terrorist attack”¹⁸⁸

Incluso, acusan los positivistas, muchos comportamientos que en otros tiempos la misma moral católica condenaba, hoy en día los defiende: la libertad de creencia, la igualdad entre marido y mujer, la hipoteca social sobre la propiedad privada.

Hay un texto de Bobbio que refleja con absoluta claridad el contraste y la división entre el positivismo y el iusnaturalismo, máxime cuando el primero fue usado, bajo un régimen liberal para defenderlo; y luego, bajo una dictadura, también para su defensa, tal y como sucedió en Italia y lo vivió Bobbio. Transcribo el texto en cuestión: “En algunos casos, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se presenta como natural sustitución histórica de escuelas, o como antítesis

¹⁸⁷ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. Op. Cit. Pág. 61.

¹⁸⁸ SANDEL J. Michael: *Op. Cit.* Pág. 8 y 27

entre dos concepciones opuestas e irreconciliables del derecho, en otros, o como un desgarramiento dentro de cada uno de nosotros entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales...

“Los que nos iniciamos en el estudio de la jurisprudencia en la década de los 30, sabemos que la teoría del positivismo jurídico (sobre todo en la forma presentada por la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen) dominaba entonces en Italia. Estábamos obligados a admitir que, fuera de algunos cánones transmitidos por las escuelas positivistas, no había posibilidades para el jurista que quisiera ejercitar seriamente su tarea. El derecho natural era considerado como el residuo de actitudes no científicas y debía ser eliminado en cualquier parte que apareciera. Por el contrario, al final de la guerra las posiciones se invirtieron, pues, hemos visto a muchos juristas, una vez realizado su examen de conciencia, pronunciar una completa y presurosa palinodia, arrojarse en los brazos del rechazado derecho natural y dejar caer sin remordimiento al positivismo entre las antiguallas donde hasta pocos años antes, yacía el derecho natural en completo abandono...

“... los años de nuestra formación fueron también, en Italia, los años durante los cuales un viejo régimen liberal fue sustituido poco a poco por un régimen de dictadura, con una obra de lenta erosión de las estructuras más que de violenta transformación revolucionaria de las instituciones. En aquella situación, la concepción positivista de respeto a ultranza de la legalidad había asumido un valor progresista y liberal, de resistencia a la intromisión del poder ejecutivo y del partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos. Pero, cuando se impuso la dictadura y la máquina del Estado totalitario comenzó a funcionar regularmente, dando curso a la ‘nueva legalidad’, la concepción positivista de respeto a la ley sirvió óptimamente para el uso contrario, es decir, para inculcar la obediencia a la autoridad, para extinguir toda veleidad de resistencia, para justificar todo delito realizado en nombre de una orden recibida de un poder que era, por lo menos, formalmente legítimo. Nos encontramos así, aunque a pesar nuestro, en la mejor situación para darnos cuenta de la extrema inestabilidad de las ideologías jurídicas, cuyo valor progresista o reaccionario depende de las circunstancias históricas en que son sostenidas y de los partidos que las reclaman...

“Más que un contraste entre generaciones y entre concepciones del derecho, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo, como decía, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre. Hay al menos un significado de ‘positivismo jurídico’ que considera que sólo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo, se logra aproximarse a aquel ideal de rigor sin el cual no hay ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan sólo opinión. Y sin embargo, hay por lo menos un sentido de iusnaturalismo según el cual sólo la apelación a valores últimos que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quienquiera que sea, salva, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y la austeridad y la integridad de nuestra vida moral. En tanto científicos, nos sentimos continuamente tentados de defender algunas exigencias del positivismo, con el mismo empeño y con la misma coherencia (no obstante la apariencia contraria) con los que defendemos las razones últimas del iusnaturalismo en tanto

hombres libres. Hay un límite entre positivismo y iusnaturalismo que separa en dos nuestra propia persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o iusnaturalista, no según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según la parte que representamos.”¹⁸⁹

2.3.1. Los puntos del contraste

El iusnaturalismo privilegia el contenido sobre la forma; la relación del derecho con la justicia y, en definitiva, las normas positivas como una especificación y concreción de una ley universal, válida en todo tiempo y lugar. Los positivistas, en cambio, niegan la relación del derecho con la moral, y la validez de la ley la da la creación de las mismas por el Estado.

Los iusnaturalistas sostienen que la fuerza coactiva del derecho radica en la justicia: “Para el Aquinate es ley aquel mandato que vincula la responsabilidad personal del hombre, que le obliga en conciencia, lo que quiere decir que es norma de su obrar en cuanto persona; no es un problema de coacción o de imperativo hipotético meramente externo, sino de un imperativo que pone en juego su condición de persona...”¹⁹⁰. Los positivistas, en cambio, afirman la coacción como elemento esencial de las leyes, en virtud de que éstas deben ser aplicadas independientemente de la actitud que se tenga hacia ellas.

Welzel afirma: “... mentre la coazione fa dell'uomo un mero oggetto dell'azione causativa del potere, l'obbligazione, invece, gli pone la responsabilità di dare un ordine sensato alla sua vita, e lo fa soggetto della *formazione* della sua esistenza.”¹⁹¹

Por lo tanto, sería una contradicción para los iusnaturalistas, como ya se ha indicado, que una ley fuera injusta. Esto es, que atentara contra los principios de la ley natural. En cambio, para los positivistas, la ley es ley si cumple con los requisitos de forma, independientemente de su contenido.

Para los primeros la razón del bien moral es el fundamento del derecho; para los segundos, es la certeza jurídica. El contenido de la ley es esencial para los iusnaturalistas. Para los positivistas, no.

La despenalización del aborto, la protección jurídica de la eutanasia, la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo, la regulación de la maternidad subrogada son temas que han venido a polarizar, en la práctica y no sólo a nivel de las discusiones académicas, las posturas sobre el derecho. Los iusnaturalistas consideran que la normatividad en relación a los temas antes

¹⁸⁹ BOBBIO, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*; Op. Cit. Pág. 7-10.

¹⁹⁰ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 171.

¹⁹¹ WELSEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 363.

indicados es contraria a la moral; y, por lo tanto, leyes injustas. Por el contrario, los positivistas consideran que son normas progresistas que protegen los derechos de libertad de las personas. Independientemente de que buscan dar soluciones realistas a situaciones sociales que no se pueden esconder ni negar.

Algunos iusnaturalistas, como se vio antes, sostienen que las leyes injustas no tienen por qué ser obedecidas. Los positivistas sostienen que toda ley, si lo es, sin importar su contenido, tiene que ser observada y, en su caso, impuesta o hecha cumplir por el Estado, con toda la fuerza que sea necesaria.

El contraste entre iusnaturalismo y iuspositivismo puede formularse también así: ¿Existen unos principios generales, cognocibles e inmutables, que deben informar toda legislación positiva? O ¿El derecho es una simple técnica para la convivencia social, reflejo de las ideas y de las coyunturas históricas de una determina sociedad?

Kant expresó así el meollo de la oposición entre iusnaturalismo y iuspositivismo: “Tutto scorre in un fiume davanti a noi, e il gusto variabile e le diverse forme dell’uomo rendono incerto e ingannevole l’intero gioco. Dove trovo punti fermi della natura, che l’uomo non possa mai rimuovere, e dove posso trovare dei Segni, che gli indichino a quale riva egli deve fermarsi?”¹⁹²

También dicho contraste puede verse en esta perspectiva: ¿el derecho es un producto de la razón o de la voluntad? Finnis diría: “In human affairs which are matters of deliberation and choice, what is natural is settled by asking what is inteligente and reasonable.”¹⁹³

El sofista Trasímaco, por su parte, expresó con toda claridad la posición voluntarística: “... cada gobierno establece las leyes según lo que a él conviene: la democracia de manera democrática; la tiranía, tiránicamente, y así todos los demás. Una vez establecidas estas leyes, declaran que es justo para los gobernados lo que sólo a los que mandan conviene, y al que de esto se aparta lo castigan como contraventor de las leyes y de la justicia. Lo que yo digo, mi buen amigo, que es igualmente justo en todas las ciudades, es lo que conviene para el que detenta el poder, o lo que es lo mismo, para el que manda; de modo que para todo hombre que discurre rectamente, lo justo es siempre lo mismo: lo que conviene para el más fuerte.”¹⁹⁴

Welzel se refiere al tema en los siguientes términos: “Il positivismo ha distrutto la ragione... riducendola a intelletto tecnico e strumentale. Questa

¹⁹² Citado por WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 359.

¹⁹³ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; *Op. Cit.* Pág. 246.

¹⁹⁴ PLATÓN, *La República*, Libro Primero, XII. Ed. Edimat, Madrid; traducción de Francisco Márquez Cabrera. Pág. 42.

distruzione significa per il diritto il suo abbandono alla forza in atto; diritto è ciò che è determinato dall'autorità competente...: il potere sovrano può imporre qualsiasi contenuto, anche quello assolutamente immorale.”¹⁹⁵

En cambio, Kelsen dice: “La doctrina del derecho natural es una “metafísica” del derecho en cuanto está caracterizada —como la metafísica idealista de Platón— por un dualismo fundamental: así como en la doctrina platónica de las ideas el mundo empírico se contrapone y se subordina al mundo trascendente, cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél, en la doctrina del derecho natural, el derecho positivo, creado por los hombres, se contrapone y se subordina a un derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia suprahumana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél.”¹⁹⁶

El contraste fuerte, como lo comenta Kelsen, está entre los que afirman un “derecho ideal”, válido siempre y en todas las circunstancias históricas; y los que propugnan por un “derecho real”, limitado a una determinada época y para una determinada sociedad, sin ninguna connotación moral; un simple instrumento para la organización de una sociedad concreta.

El iusnaturalismo busca una aplicación de la ley racional, acorde con la justicia. El iuspositivismo, defiende una aplicación casi mecánica, meramente literal de la norma. Hervada, a propósito de esto, comenta: “Para la concepción normativista, el derecho es, ante todo, la norma —conjunto de normas—, siendo la función del jurista interpretar y aplicar la ley; el jurista es un *legista*.”¹⁹⁷

Pero el contraste fino, filosóficamente hablando, y que constituye el meollo de la crítica positivista a las teorías de la ley natural es el conocido como argumento humano: no se puede deducir un *deber* del *ser*. Es lógicamente incorrecto que de un hecho se quiera desprender una obligación. Aunque Finnis señala que ninguna teoría clásica del iusnaturalismo tiene tal incoherencia lógica, en algunas sí de dan elementos para concluir que la objeción positivista es real.

“Because of their biology, women can bear children; therefore, women **ought** to bear children, and it is morally good that they do so, and immoral for them to avoid having children.’ It is fallacious to reason from a description of women (that they have the capacity to bear children) to the moral principle that they **ought** to bear children. (G. E. Moore called this fallacy the ‘naturalistic fallacy’.)”¹⁹⁸

¹⁹⁵ WELZEL, Hans: *Diritto naturale e giustizia materiale*. Ed. Giuffrè, Milano 1965. Pág. 372.

¹⁹⁶ HANS, Kelsen: *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*; Op. Cit. Pág. 183.

¹⁹⁷ HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 173.

¹⁹⁸ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. Op. Cit. Pág. 70.

2.3.2. Los puntos de coincidencia

La pugna ideológica entre iuspositivismo y iusnaturalismo a veces raya con el fanatismo. No siempre lo que atacan los positivistas es algo que digan los iusnaturalistas. Y no siempre lo que argumentan éstos en contra de aquellos es algo que tenga sustento en sus exposiciones doctrinales. Una de las contribuciones más valiosas de la teoría finnisiana, a mi parecer, es que, no obstante su candente fuerza polémica, logra presentar un iusnaturalismo moderado, que resalta la importancia de las leyes positivas, y tiene su fundamento en la realización personal, que sólo se logra en una sociedad que favorezca el bien común.

También hay algunos teóricos positivistas que reconocen una o más posiciones de los naturalistas. Por ejemplo, para algunos representantes del realismo jurídico norteamericano, que centra la esencia del derecho en las decisiones judiciales, cambiantes y sujetas a las emociones y circunstancias que rodean al impartidor de justicia, sigue siendo verdad que “el derecho natural tal y como lo formuló santo Tomás de Aquino (*ipsa res iusta*) es un fundamento de la cultura moderna y que, aunque no da seguridad al derecho, actúa como una fuerza ética sobre el juez”.¹⁹⁹

Las disonancias, sin embargo, entre ambos bandos (iusnaturalismo / iuspositivismo), a primera mano, pueden resultar estruendosas y hasta quizás irreconciliables. Un derecho ideal (iusnaturalismo); un derecho real (iuspositivismo). Un derecho con principios generales e inmutables (iusnaturalismo); un derecho que depende en todo, o de la voluntad del gobernante o de la conciencia social o de un contrato o constitución primigénea (iuspositivismo). Un derecho con responsabilidad moral (iusnaturalismo); y un derecho absolutamente indiferente o, mejor, positivamente emancipado de la moral (iuspositivismo).

Pero también existen, cuando se les considera de cerca, y sin arrebatos pasionales, coincidencias y puntos en los que podrían, aisladamente, tomarse como si fueran de una o de otra postura indistintamente, o coincidencias de fondo y no meramente formales.

Y, por lo menos, como ya se indicó, ni la teoría tomista ni la moderna teoría iusnaturalista de Finnis desequilibren el fiel de la balanza. Es decir, tanto Tomás de Aquino como John Finnis son iusnaturalistas-iuspositivistas: rompen el cerco y acercan el abismo que los puristas del positivismo habían creado entre su doctrina y la doctrina del derecho natural. Tomás de Aquino y Finnis defienden la relación del derecho con una justicia que no depende de la voluntad ni de la opinión de los grupos influyentes ni de las situaciones históricas, sino que se deriva de las exigencias de la racionalidad práctica. Pero, a la vez, protestan categóricamente su adhesión a las leyes positivas, en la que el legislador tiene toda la libertad que sea necesaria para formularlas, siempre y cuando dichas leyes sean una solución adecuada para la preservación del bien común –no sólo instrumentos para conservar

¹⁹⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 88, citando al Juez Jerome Frank.

la tranquilidad social- y, finalmente, dentro de ese bien común –en cuanto condición necesaria- para la realización de la persona.

2.3.2.1. *La búsqueda de la esencia del derecho*

Lo primero que se tendría que hacer notar es que ambas posiciones, a lo largo de la historia, lo que han buscado y siguen buscando es la esencia del derecho. “It is necessary to recognize that the so called conflict between positivism and naturalism is because of the misunderstanding that both of them offer different answers to the same questions about the nature of law”.²⁰⁰

La anterior afirmación de Nirmal hay que matizarla. Es verdad que ambas teorías tienen por objeto del derecho y buscan su esencia. Sin embargo, como dice Finnis, el positivismo se preocupa por responder a la pregunta “¿qué es la ley?” y no tanto a la cuestión “¿qué es ley?”. Es decir, su objeto es esta ley dada y no la ley en general, que incluye también a la ley no dada: la ley natural.

2.3.2.2. *Coincidencia en la positividad*

Lo segundo: que el iusnaturalismo no se atrinchera en un derecho ideal a costa del derecho positivo. Por el contrario, sostiene la necesidad y la validez del derecho positivo. Este derecho positivo, como por lo demás lo afirman los positivistas, es un derecho cambiante, de conformidad a las situaciones históricas y culturales de las sociedades.

Tomás de Aquino enfatizó la validez de las leyes positivas, tal y como lo refiere Finnis: “... Aquinas, in his later work, describes the whole of the law administered by a state’s courts as ‘law humanly posite’ or ‘positive law’...”.²⁰¹

Y las leyes positivas, según el Aquinate, “have their binding force not only from reason, but [also] from their having been laid down... But once such a law has been made, its directiveness derives not only from the fact of its creation by some recognized source of law (legislation, judicial decision, custom, etc.), but also from its rational connection with some principle or precept of morality.”²⁰²

Es más, Santo Tomás expresamente afirmó el principio de legalidad respecto a las autoridades del Estado. “... For in such a regime, where one persona is supreme ruler while others are ministers, and each adult member of the community is entitled to be elected ruler or minister an to vote in such elections, the equality which is of the essence of ‘political’ justice and ‘legal’ rule is respected while desirable *unity* of governmental decisión-making is fully preserved *provided that*

²⁰⁰ NIRMAL, *Op. Cit.* Pág. 7.

²⁰¹ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; *Op. Cit.* Pág. 268

²⁰² *Ibiden*, Pág. 267.

there are clear laws about rotation of office, about elections, and about the division of powers amongst ministers –and provided also that these laws are regularly followed by people who get power...

“Aquinas plainly thinks there can and should be such laws, ‘legal provisions about the establishment, appointment, and responsibilities of the rulers {quaedam praecepta de institutione principum et officiorum eorum}, not least in relation to the supreme ruler(s). In a ‘political’ form of ‘monarchical’ government, the elected president rules ‘in accordance with the laws’. The regular change-over in office, which is characteristic, perhaps even or the essence, of ‘political’ government cannot be accomplished without laws somehow specifying and delimiting the office(s), periods of office, and methods of appointment... Aquinas calls these constitutional provisions the *coordinatio* or *ordinatio* of the state or the ‘legally instituted *ordinatio* of the rules’.”²⁰³

La teoría iusnaturalista, contrario a lo que algunos positivistas dicen, no habla de dos órdenes. No considera a la ley natural y sus disposiciones como un complejo normativo distinto y separado al del derecho positivo. Kelsen, en su crítica al iusnaturalismo, le atribuye esta dualidad: “Así como el positivismo jurídico tiene que distinguir entre derecho y moral, como dos órdenes sociales diferentes, tiene que distinguir también entre derecho y justicia, y por ello sostener la posibilidad de un derecho positivo justo, esto es, conforme a una moral determinada, como también la de un derecho positivo injusto, esto es, contrario a una moral positiva determinada.”²⁰⁴

2.3.2.3. Acercamientos conceptuales

Se puede afirmar que al interior del marco de las doctrinas iusnaturalistas existen propuestas positivistas porque limitan a la naturaleza del ser humano a un contexto histórico. Considera su naturaleza como inmersa y hasta sumergida en la historicidad; y, al final de cuentas, piensan que el derecho no es más que lo puesto en la “naturaleza”, entendida ésta como entidad objeto de los sentidos.

Así lo expresa el ilustre jurista alemán Hans Welzel:

“Per l’intelligenza della teoria del diritto naturale, è fondamentale il fatto che in tutti i tempi, nell’antichità come nel medioevo e nell’età moderna, si sono stati due sistemi essenzialmente diversi di diritto naturale, che procedono da due soggiacenti concezioni della natura dell’uomo opposte. Assai unilateralmente, si guarda spesso solo alla dottrina del diritto naturale, e si ottiene così di esso non solo un quadro unilaterale ma se ne disconosce

²⁰³ *Ibidem*, Págs. 262-263.

²⁰⁴ KELSEN, Hans: La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 6, número 12, 2008. Pág. 192-193. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf (2 abril 2013)

soprattutto l'esigenza più profonda, quella di trovare una idea valida della natura dell'uomo. Certamente l'antitesi fra il diritto naturale ideale e quello esistenziale si è presentata in tutta la sua profondità, solo nel Medioevo, nel contrasto fra realismo delle idee e nominalismo, ma in sostanza essa sussisteva già nell'antichità, per quanto allora essa fosse limitata, perchè el diritto naturale era stato svolto da Platone in una forma esemplare per tutte le età, mentre il diritto naturale esistenziale, a causa d'una particolarità dello spirito greco ostile al concetto di volontà, fu perfezionato solo alla maniera di un diritto naturale della sfera istintiva. È da notare tuttavia che la dottrina del diritto naturale comincia storicamente proprio con un diritto naturale esistenziale, col diritto naturale dei Sofisti".²⁰⁵

Otro tanto hay que decir del positivismo: hay una amplia gama dentro de su espectro. En algunas de sus posturas también pueden encontrarse tendencias hacia una fundamentación trascendente del derecho, al considerar que sin una referencia de tal calado, las normas y los sistemas jurídicos a los que pertenecen simplemente no podrían ser entendidas ni las mismas pueden dar explicación cabal de la exigencia de justicia que experimenta el ser humano y percibe en cada acontecimiento social que toca sus intereses.

Esta idea puede ser concretada haciendo una relación de autores positivistas que han expresado esa necesidad de fundamentar el derecho en algo más que no sea la pura creación y puesto en vigor del mismo.

1.- Para Federico Carlos Savigny (1779-1861) "... 'la fuente última, íntima y única de las reglas de derecho positivo, reside en la conciencia popular, y la ley escrita no es más que, como la costumbre y el derecho científico, uno de los arroyos nacidos de este origen común', de este modo la ley es un mero instrumento técnico auxiliar de la costumbre, busca reducir su incertidumbre y dar seguridad, haciendo exteriormente reconocible la conciencia popular de la que el legislador es mero 'portavoz' que no puede actuar arbitrariamente."²⁰⁶

Savigny, por lo tanto, coloca la fuente del derecho en algo por encima de la voluntad del legislador. No es que la "conciencia popular" sea algo trascendente. Pero su señalamiento evoca la necesidad de encontrar un asidero trascendente al derecho.

2.- Rudolf Von Ihering (1818-1892) sostuvo que el derecho está determinado por fines. "Adopta... una concepción teleológica y entiende que el creador del derecho es el fin y que las proposiciones jurídicas tienen origen en fines, en motivos prácticos."²⁰⁷

²⁰⁵ WELZEL, Hans: *Diritto naturale e giustizia materiale*, Op. Cit. Pág. 14

²⁰⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 299-300.

²⁰⁷ *Ibidem*, pág. 128.

3.- Otto Von Gierke (1841-1921) afirma que el derecho es “algo vivo que se traduce en normas racionales que limitan la voluntad para el justo ordenamiento de la vida, aunque deben formularse por el poder externo del estado que, además pone su fuerza al servicio del derecho. Gierke acusa al positivismo jurídico de ser iusnaturalismo en un sentido deteriorado.”²⁰⁸

4.- Para Raimundo Saleilles (1855-1912) no es suficiente el derecho positivo; hay que ir más allá del código civil. “... el más allá es ‘la palabra de orden de todos los juristas’.”²⁰⁹

5.- León Duguit (1859-1928) entiende por derecho objetivo no las reglas impuestas por el Estado, sino “la regla expresada por la sociedad, que impone a cada individuo, en cuanto miembro del cuerpo social, realizar la solidaridad con los demás, como ‘hecho fundamental de toda sociedad humana’, consistente en la ‘coincidencia permanente de los fines individuales y sociales’.”²¹⁰

6.- Francois Géný (1871-1938) que criticó fuertemente el iusnaturalismo del siglo XIX por defender principios inmutables, considera, en la interpretación de Juan Antonio Martínez Muñoz, que es necesario rescatar “la fuente real del derecho ‘en estado toscó’... que responde a la noción de derecho natural, donde se revela la fuente real del derecho... El derecho natural es visto por Géný como el ‘conjunto de reglas jurídicas que la razón extrae de la naturaleza misma de las cosas’.”²¹¹ Además, para Géný, “el derecho no se identifica con la ley ni con el derecho estatal...”²¹² Por eso, siguiendo a Géný, “el derecho, en sentido material, consiste en la aplicación concreta a un medio social de los principios generales de justicia.”²¹³

7.- Jorge Ripert (1880-1959) distingue entre moral y derecho, “... no obstante, piensa que entre la regla jurídica y moral no existe diferencia de ámbito, de naturaleza o de fines, pues el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. Entre la regla jurídica y moral existe una mera diferencia de carácter que consiste en que la regla jurídica es una ‘elaboración técnica’ de la regla moral que ‘en ella se encarna y precisa’.”²¹⁴

²⁰⁸ *Ibidem*, Pág. 261.

²⁰⁹ *Ibidem*, pág. 255.

²¹⁰ *Ibidem*, Pág. 262.

²¹¹ *Ibidem*. Pág. 253.

²¹² *Ibidem*. Pág. 260.

²¹³ *Ibidem*. Pág. 260.

²¹⁴ *Ibidem*. Pág. 255.

8.- El juez estadounidense, Jerome Frank (1889-1957), a quien se le incorpora dentro del realismo norteamericano, por su insistencia en que el derecho se basa en la conducta de los individuos, reconoce que “el derecho natural tal y como lo formuló santo Tomás de Aquino (*ipsa res iusta*) es un fundamento de la cultura moderna y que, aunque no da seguridad al derecho, actúa como una fuerza ética sobre el juez.”²¹⁵

9.- Benjamín N. Cardozo (1870-1938), “juez de la Corte Suprema... considera que el derecho no es sólo lo que los tribunales hacen de hecho sino también las normas en que se apoya su actividad y que, en última instancia, están determinadas por factores éticos como la fundamentación de las decisiones judiciales en el bien común, la equidad y la justicia social.”²¹⁶

10.- Alf Ross (1889-1979) tiene una fuerte influencia de la filosofía analítica del lenguaje y, si bien su doctrina es claramente positivista, no deja de llamar la atención su afirmación de que sólo “deben considerarse normas auténticas las que sean ratificadas por los jueces, mientras que las escritas en los códigos y boletines oficiales son sólo normas presuntas.”²¹⁷

Incluso Ross admite un punto de contacto entre su positivismo y el tomismo: el realismo. La doctrina de Tomás de Aquino “admite una forma sociológico realista de la política jurídica y... es conciliable con el estudio realista del derecho.”²¹⁸

“Ross admite que quienes se encuentran sujetos a un régimen despótico no siempre lo reconocen como válido. En estos casos ‘el gobernante no es ‘autoridad’ o ‘poder legítimo’, sino autor de violencias, dictador o tirano. Lo dicho se aplica, verbigracia, a la población de un país ocupado y a su actitud frente al régimen exclusivamente sostenido por el poderío militar, o a las minorías permanentes (nacionales, religiosas, raciales) hostiles a la mayoría dominante”.²¹⁹

“Las normas que en el sentir del destinatario tienen validez son las que el mismo sujeto contempla desde el punto de vista interno. El mencionado atributo significa que tales normas satisfacen los criterios regulativos de la pertenencia al sistema que los abarca. Pero el término *validez* puede, según Scarpelli, emplearse también en un sentido más amplio: ‘La validez se predica entonces de situaciones o hechos a los que las normas atribuyen ciertos efectos

²¹⁵ *Ibidem*. Pág. 88.

²¹⁶ *Ibidem*. Pág. 88-89.

²¹⁷ *Ibidem*, pág. 59.

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 61.

²¹⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Op. Cit.* Págs. 58 y 101

jurídicos, cuando esos hechos o situaciones son objeto de una valoración favorable...²²⁰

11.- H.L.A. Hart (1907-1992): manifiesta que el derecho no puede ser nada más que reglas sancionadoras, por mucho que la teoría kelseniana haya pretendido encontrar la esencia de aquél en la sanción. "... intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única que, se pretende, exhibe la quintaesencia del derecho. Ambas, de diferentes maneras, hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones."²²¹

Hart habla de que las leyes son, por lo general, cumplidas. Y que el incumplimiento es la excepción. Por lo que esta constatación puede indicar que más allá de lo puramente positivo, existe un elemento personal que hay que considerar para poder entender al derecho. "Es necesario suponer, por lo tanto, que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza... Cualquiera que sea el fundamento de esta creencia general en la probabilidad de la ejecución de las amenazas, tenemos que distinguirla... Debemos suponer que cualquiera que sea el motivo de ello, la mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas."²²²

"En su artículo '¿Hay derechos naturales?' (Hart)... comienza con esta valerosa afirmación: 'Sostendré la tesis de que sí hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de allí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres'... Se trata de un derecho natural, argumenta Hart invocando razones que dice compartir con los iusnaturalistas clásicos, porque lo poseen todos los hombres capaces de elección por el mero hecho de ser hombres, sin que deba su existencia a la acción voluntaria de nadie."²²³

Cuando se publica *Natural Law and Natural Rights* en 1980, "Los teóricos analíticos del derecho... se replantearon seriamente la interpretación tradicional del iusnaturalismo. Puede decirse que la obra de Finnis sustituyó el modo de abordar el tema del derecho natural tal como había quedado establecido en la influyente defensa del positivismo jurídico por H.L.A. Hart. Quien había presentado el iusnaturalismo como algo ridículo, hasta el punto de que el positivismo jurídico

²²⁰ Ibidem. Pág. 58.

²²¹ HART, H.L.A.: *El Concepto del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, 2ª, Buenos Aires, 1963, Pág. 48.

²²² Ibidem: Págs. 29 y 30.

²²³ RAMOS PASCUA, José Antonio: *Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. HART*; Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 12. 2011 (331-364). http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38108file:///C:/Users/Ru/Downloads/hartSALAMANCA.pdf (14-Junio-2015)

entendido como ‘separación conceptual’ entre el derecho y la moral venía a ser equivalente a la distinción clásica entre derecho positivo y derecho natural... Finnis volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de las valoraciones –morales, en último término- y las descripciones en las ciencias sociales; la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral; la teoría de la justicia, de la obligatoriedad del derecho, del bien común, de la autoridad, de los derechos humanos naturales; el problema de la ley injusta, considerado a la vez desde el punto de vista jurídico, político y moral, sin excluirlo de la teoría analítica del derecho, e incluso la cuestión de Dios como fundamento último del orden moral.

“H.L.A. Hart... consciente de que la obra de Finnis hacía imposible continuar discutiendo los temas del derecho natural sobre la base de las imágenes y objeciones tradicionales refutadas en el Capítulo II, afirmó: ‘La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo’.”²²⁴

12.- John Rawls (1921-2002), al inicio de su Teoría de la Justicia, afirma: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar.”²²⁵

Estas alusiones a la solidaridad, conciencia general, adecuación a la realidad, aceptación de obediencia sin apelo a la sanción, inviolabilidad de la persona, son algo más que la pura voluntad o el instinto que crea leyes parciales o puramente formales. Y tales referencias constituyen indudablemente puntos de contacto con el iusnaturalismo. O, desde otra perspectiva, inquietudes que cualquier pensador sensato atiende, y trata de inquirir, desde su muy personal posición intelectual, la verdad a que pueden aludir.

“Prácticamente todos los autores analíticos de las últimas décadas aceptan que los principios morales cumplen y *deben cumplir* una función importante en la judicación. Se llega al punto de afirmar que, por imperativo de los principios morales, incluso las reglas claramente identificadas como legales y vigentes, de acuerdo, por ejemplo, con una regla de reconocimiento en el sentido de Hart, pueden o deben ser desobedecidas por los mismos

²²⁴ ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción al español, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág. 14-15.

²²⁵ RAWLS, John: *Teoría de la justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª, 5ª reimpresión, México 2004; traducción de María Dolores González; pág. 17.

funcionarios: ‘esto es derecho, pero demasiado incierto para ser obedecido o aplicado’”²²⁶.

2.4. LA VUELTA AL IUSNATURALISMO EN LA ÉPOCA MODERNA

Después de un dominio casi exclusivo del positivismo en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, los teóricos del derecho volvieron la vista, ante la insuficiencia del iuspositivismo, al *anticuado* pensamiento de la ley natural.

En los años cincuenta del siglo XX, Radbruch, quien antes de la segunda Guerra mundial había sido un férreo defensor del legalismo jurídico, introduce en la discusión, después de la experiencia nazi, el tema de la “ley injusta”. “Radbruch's Formula(s), and his conception of law, are based on the notion that people may not expect their legal system to be uniformly just and fair, but there *is* an expectation of minimal justice that comes with the notion of ‘legality’. This view-especially as it appears in the less well known second version/of Radbruch's Formula (that to be legal the rules must at least ‘make an attempt at justice’) could be translated into Robert Alexy's well-known assertion: ‘Every legal system lays claim to correctness’. And it seems to assert something more than Joseph Raz's conclusion that law necessarily *claims* that it possesses legitimate authority (as Raz points out, this claiming need not be well-grounded, and he in fact claims that it rarely is).”²²⁷

“Due anni dopo il crollo del dominio nazista (Radbruch) scriveva: la scienza del diritto deve di nuovo ricordare la saggezza secolare, secondo la quale vi è un diritto più alto della legge, un diritto naturale, un diritto divino, un diritto razionale, commisurata al quale l'ingiustizia rimane ingiustizia, anche se è stata messa nelle forme della legge, e davanti al quale la sentenza pronunciata sulla base di una tale legge ingiusta non è diritto ma ingiustizia.”²²⁸

Incluso Kelsen reconoce este cambio: “Las conmociones sociales causadas por la Gran Guerra han determinado un retorno de la teoría jurídica tradicional al iusnaturalismo: del mismo modo, la Filosofía tradicional se halla en completa reacción contra el kantismo y a favor de la metafísica prekantiana.”²²⁹

El trauma de la segunda guerra mundial, con la aspiración generalizada de justicia, no podía menos que considerar del todo insuficiente un régimen legal basado en el exclusivismo autoritario, que hacía de la más mínima manifestación de

²²⁶ ORREGO S., Cristóbal: *De la Ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 30, No. 2. Pág. 311.

²²⁷ BIX H., Brian: *Radbruch's formula and conceptual analysis*. University of Minnesota, Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 12-13. Pág. 50-51.

²²⁸ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 334.

²²⁹ KELSEN, Hans: *La Teoría Pura del Derecho*; *Op. Cit.* Pág. 25.

desacuerdo, un delito. El régimen nazi se manifestó primero como un maniaco del poder; y luego, como un esquisofrénico, incluso para sus mismos ciudadanos.

Ese tipo de regímenes aparecen, en mayor o menor medida, siempre que el desencanto en la democracia se cuele por los dinteles de las aspiraciones a una sociedad menos estresante, más amigable, menos trabajosa, más participativa; en una palabra, más justa.

Cuando los movimientos sociales reaccionan ante la pasividad de los políticos o ante la impotencia de éstos para dar soluciones reales a los problemas con los que tiene que verse la gente día a día; o cuando simplemente el sistema legal se descubre incapaz y no tiene ya ni siquiera visos de confiabilidad, es cuando se siente más la necesidad de una justicia que no sea sólo legalista sino real.

Los fenómenos de desencanto que estamos viendo en las sociedades de países europeos, se debe, en parte a eso. El Profesor Suñé lo expresa así: “El anquilosamiento de los cauces políticos actuales, que no permiten un ejercicio real y efectivo del derecho a la participación, está en la base del desencanto de la ciudadanía hacia la política tradicional.”²³⁰

2.5. TRANSFONDO CONCEPTUAL

Es verdad que el antagonismo puede darse, como de forma tan simple lo expresa Kelsen, entre un derecho considerado ideal y otro derecho sin contenido alguno. Sin embargo los matices argumentativos, los principios de los que se parte, los razonamientos expositivos pueden ser, y de hecho lo son, tremendamente especulativos y no siempre al alcance de una sencilla lectura.

Detrás de la primera imagen del iusnaturalismo y del iuspositivismo está todo un entramado de reflexiones en las que se compromete la concepción del hombre y con ella, su actuar.

En su núcleo, como sucede por lo demás en cualquier concepción filosófica, el problema que ha diversificado a las teorías del derecho ha sido la concepción que cada una ha dado o tomado sobre “la naturaleza humana” y, finalmente, sobre la antropología adoptada. En razón de lo que se piense sobre qué es el hombre, se desprenderá la concepción de su actuar.

2.5.1. Concepciones antropológicas

Si consideramos al hombre simplemente como un organismo, sin trascendencia, sujeto a los vaivenes de la temporalidad, entonces el derecho no será otra cosa que el instrumento encontrado para evitar la propia autodestrucción. “Se ogni época storica è una realtà in sé chiusa, se tutte le verità e tutti i valori si devono

²³⁰ SUÑE LLINÁS, Emilio: La Sociedad civil en la cultura postcontemporánea; Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998. Pág. 120.

comprendere in riferimento a quell'epoca, la trascendenza della verità e dei valori è gravemente compromessa. Se la storia è la sola matrice della verità e dei valori, tutto è minato dal relativismo, poichè tutti i punti di vista cambiano con il succedersi delle generazioni.”²³¹

Igualmente, si además, el hombre no es sino un elemento que contribuye al bienestar del Estado y éste lo es todo, entonces el derecho es el arma para conservar la disciplina y el orden intraestatal. Y si, por el contrario, la concepción antropológica rinde culto al individualismo, el derecho se concebirá como el medio para proteger los intereses propios y conseguir aquello que cada uno quiera. Las normas serán las que se consideren que sirven mejor a los propósitos de cada una de las concepciones, descartando, como propio de otras disciplinas, cualquier preocupación sobre la justicia. La teoría del derecho aquí será el positivismo.

“Nel problema del diritto, l'uomo è posto davanti a questa alternativa fra immanenza e trascendenza, ed in modo così immediato e inevitabile che egli deve dedicarsi a dirimerla con tutta la sua esistenza fisica e spirituale: se non ci fosse trascendenza, cioè se l'essere obbligato e i relativi doveri che trascendono il suo essere fossero solamente proiezioni illusorie di fatti psicologici e sociologici, allora l'uomo sarebbe esposto senza residui, in corpo e in spirito, alla forza che lo soverchia. Ed allora dei limiti alla sua subordinazione potrebbero sussistere solo in quanto e finchè più blocchi di forze si bilancino scambievolmente; ma appena una forza diventi senza limiti, l'uomo cadrebbe tutto intero in sua balia, e non solo fisicamente, ma anche spiritualmente. Questa interpretazione 'esistenziale', nel senso più vero, del problema del diritto è stata in ogni tempo presente alla coscienza del pensiero giusnaturalistico; essa ha reso evidente che la sussistenza di un dovere che obblighi e trascenda l'esistente è la condizione preliminare per la possibilità di una esistenza umana che abbia significato.”²³²

2.5.2. Concepción antropológica del positivismo

“El positivismo ha de partir de que el hombre no es persona, sino tan sólo un individuo de la especie, al que la especie —la colectividad— atribuye unos derechos, sin otra base que el consenso social, expresado a través de las disposiciones de la ley. Un consenso que se manifiesta en unos valores o percepciones meramente subjetivos de unos posibles bienes sobre cuyo respecto existiría un acuerdo general. Una especie de pacto de felicidad y libertad (pensamiento liberal-burgués), o de triunfo de la raza (nacionalsocialismo), o cualquiera de los otros ideales que han conformado, a través de los tiempos, las distintas sociedades.”²³³

²³¹ LUCAS LUCAS, Ramón, *L'uomo spirito incarnato*, Ed. Paoline, Torino 1993. Pág. 223.

²³² WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 362-363.

²³³ HERVADA, Javier: *Introducción crítica al Derecho Natural*; *Op. Cit.* Pág. 85.

“... Hobbes y Locke (para quienes la persona era simplemente un individuo que estaba caracterizado por la tendencia natural a la autoconservación y a la posesión de los instrumentos y productos de su trabajo y dispuesto a aceptar limitaciones contractuales de su libertad con el fin de asegurar la satisfacción más efectiva de tales tendencias). Este era el caso también con los puntos de vista inspirados más metafísicamente, tales como el de Kant (para quien la naturaleza más íntima de la persona estaba concentrada en la autonomía absoluta de la voluntad libre, de la cual se derivaba lógicamente el ideal de la *dignidad* personal).”²³⁴

En el extremo opuesto de la doctrina kantiana están las teorías que propugnan por la ausencia de libertad en el ser humano. Afirman que éste está determinado por las circunstancias y el ambiente. Fuller cita la doctrina psicologista del Dr. Skinner: “Se dobbiamo usare i metodi della scienza nel campo delle cose umane, dobbiamo assumere che il comportamento sia lecito e determinato. Dobbiamo aspettarci di scoprire che ciò che un uomo fa è il risultato di condizioni specificabili e che, una volta che queste siano state scoperte, possiamo anticipare e in qualche misura determinare le sue azioni.”²³⁵

Toda concepción antropológica inmanente –que no reconozca la trascendencia de la persona- tendrá necesariamente que fundar el derecho en la costumbre y/o en una norma primera hipotética y/o en un pacto social también igualmente hipotético. Los derechos humanos, de los cuales las sociedades civilizadas se precian tanto de reconocer y defender, finalmente, si no se admite la trascendencia del hombre, quedan sujetos a algo tan inestable como los consensos sobre si una acción que realizan muchos, durante un prolongado tiempo, produce obligación o no.

Es más, se llega a afirmar que la moral y el derecho tienen el mismo origen: la costumbre. Geiger señala que lo primero que acontece es un hábito de comportamiento incosciente: “Todos están hasta ahora habituados que quien caza un ciervo lo reparta con los demás, Si NN no sigue ese hábito, desilusiona a los demás quinenes, de acuerdo con la experiencia hasta ahora existente, habían calculado que recibirían algo. Reaccionan con la frase expresa o pensada: ‘Uno suele compartir la caza, estamos habituados a ello.’ El apartamiento inesperado de la regla pone de manifiesto a los miembros de la comunidad que el hábito que hasta ahora había sido practicado irreflexivamente se ha *incorporado* a ellos y esta circunstancia es expresada con la frase: ‘Se debe compartir con los camaradas el botín de la caza’. El hábito se ha transformado así en costumbre.”²³⁶

²³⁴ AGAZZI, Evandro: *¿Por qué tienen derechos humanos los seres humanos?*, Op. Cit. Pág. 96.

²³⁵ FULLER L. Lon: *La moralità del diritto*, a cura di Alessandro dal Brollo. Ed. Giuffrè. Milano, 1986. Pág. 211.

²³⁶ GEIGER, Theodor: *Op. Cit.* Pág. 51.

Y luego viene la valoración social sobre dicha conducta-hábito: “esta acción es buena”. Por lo tanto, según Geiger “la moral en sentido propiamente dicho se convierte en una supraestructura ideal sobre el hábito y sobre la presión ejercida por la costumbre.”²³⁷ Es decir, después de que en la conciencia colectiva se decantó porque es habitual realizar una conducta, y que el realizarla es de acuerdo a lo que la convivencia social espera, se pasa a la idea de que tal acción es “correcta”, y de ahí a que es “buena”, en el sentido moral.

“El típico enunciado moral es la valoración: ‘Esta acción es buena’. Desde el punto de vista genético es correcto que la valoración es sólo una supraestructura ideal de la costumbre. La moral es el tercer miembro de la secuencia escalonada hábito-costumbre (usos)-moral. El hecho de que uno se comporte de ésta o de aquella manera experimenta una glorificación ideal. Pero, al hecho de que la concepción valorativa echa raíces, se agrega la circunstancia de que ello es incorporado a la conciencia del actor. La valoración moral surge con la costumbre como fundamento real. Una vez que la valoración es realizada, es concebida por la conciencia como razón de la norma de la costumbre, no como resto (derivado) de la costumbre, y actúa como motivación para el comportamiento —que coincide con la norma de la costumbre. NN ya no se comprueba así porque es costumbre sino porque es bueno.”²³⁸

Ha habido otras concepciones antropológicas que hacen del hombre “pura libertad”. Su grandeza y, a la vez, su miseria, es que el hombre está condenado a ser libre. No es más que “libertad”: todo por hacerse, en cada una de las decisiones que toma; y que tiene que tomar, quíéralo o no, en cada instante. El no escoger es ya una elección. De acuerdo a Ramón Lucas, estas teorías se conocieron con distintos nombres, dependiendo del país: “in Germania si chiama ‘teoria attualista’, in Francia ‘fenomenismo psicologico’, in Inghilterra ‘dottrina dell’associazione’. Ha rappresentante già nella filosofia empirista, soprattutto in Hume, ma continua attraverso i secoli con Stuart Mill, Taine, W. James, fino a radicarsi nella filosofia esistencialista.

“L’uomo, secondo la teoria attualista, è un insieme di atti senza alcun soggetto che li produca o li sostenti. Ciò che costituisce propriamente l’uomo è la realizzazione del programa vitale, il centro di atti intenzionali. Così l’uomo, l’io, la persona non sono ciò che è, ma ciò che si fa. Nel caso degli altri esseri si suppone che qualcosa che già è agisca, mentre dall’uomo si esige che, per essere, egli debba agir e così fare il suo essere non soltanto economicamente, ma pure metafisicamente, l’uomo deve guadagnarsi la vita. L’uomo, come essere personale, è l’unico essere che è incapace di essere esso stesso oggetto; esso è pura attualità e ha il suo essere esclusivamente nel libero compimento dei propri atti. La persona non può essere concepta come una sostanza, nè è un

²³⁷ *Ibidem*. Pág. 52.

²³⁸ *Ibidem*. Pág. 56.

essere sostanziale oggetivo, ma soltanto un ordine strutturato di atti, che realizza continuamente se stesso.”²³⁹

Jean-Paul Sartre (1905-1980), con su existencialismos radical, afirma el total relativismo de los valores. Cada uno, al elegir lo que quiere ser, se impone el valor que quizo escoger. No hay normas morales universales. Y el derecho positivo no es otra cosa que la “imposición” del grupo dominante en una sociedad que proyecta la idea de que sólo de esa manera pueden los grupos inferiores mantenerse y lograr las metas que se han propuesto.

“La posición de Sartre se puede expresar así: El hombre es libre; y esto significa que depende del hombre lo que él haga de sí mismo. Pero el hacer algo de sí mismo le es inevitable al hombre. Y lo que él hace de sí mismo supone un ideal operativo, un proyecto básico que él ha elegido libremente o planeado para sí. No hay por qué, pues, someter al hombre a una apriorica obligación moral de elegir sus valores. Pues en cualquier caso lo elige. Hasta si adopta, digámoslo así, una serie de valores o de normas éticas que recibe de la sociedad, esta adopción es una elección. Estos valores se hacen *suyos* únicamente por su propio acto de elección... Aunque Dios existiese, el hombre tendría que seguir procurando alcanzar las metas que él mismo se hubiese fijado. Y, si no hay Dios, es obvio que no puede haber ningún plan divino preordenado; no puede haber ningún común ideal de la naturaleza humana para cuya realización mediante las acciones del hombre haya sido éste creado. El hombre es remitido enteramente a sí mismo, y no puede justificar su elección de un ideal apelando a un plan divino para la raza humana... lo que importa es que, si realmente no hay un Dios que haya creado al hombre para algo, para que cumpla un determinado fin o alcance una meta, tampoco hay ningún orden moral dado al que pueda apelar el hombre para justificar su elección.”²⁴⁰

“El Estado es, para Sartre, el grupo de organizadores y administradores al que los demás grupos que componen una determinada sociedad han concedido autoridad, probablemente más por impotencia que porque quisieran positivamente concedérsela. Ciertamente que el Estado organizado es necesario para que todos los grupos estén protegidos; ... su legitimidad consiste en su capacidad de combinar y manejar los demás grupos y colectividades.”²⁴¹

2.5.3. Concepción antropológica del iusnaturalismo

Una filosofía del hombre que concluya que éste es un fin en sí mismo; que está inmerso pero no sumergido en la historia; que es capaz de entender que hay que

²³⁹ LUCAS LUCAS, Ramón: *L'uomo spirito incarnato*; *Op. Cit.* Pág. 244.

²⁴⁰ COPLESTON, Frederick: *Historia de la Filosofía*, Volumen IV, Del Utilitarismo al Existencialismo. Tomo VIII y IX. Traducción de Victoria Camps y José Manuel García de la Mora. Editorial Ariel-Planeta, Barcelona, 2011. Pág. IX-293.

²⁴¹ COPLESTON, Frederick. *Op. Cit.* Pág. IX-306.

hacer el bien y evitar el mal; que hay conductas que lo degradan como ser humano, y otras que lo personifican, dará como resultado una teoría del derecho en el que éste será algo más que pura forma, y tendrá necesariamente que ver con el contenido.

“La persona es un ser que de tal modo *es* –inteligente y libre-, que es dueño de su propio ser. El dominio sobre el propio ser es la nota fundamental de la persona. Por eso ser persona denota dos cosas que son como las dos caras del dominio sobre el propio ser. La persona es dueña de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí misma y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser. Un dominio ontológico y, al mismo tiempo, un dominio moral, el cual necesariamente es dominio jurídico, porque el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás.”²⁴²

“Il ricoscimento dell’uomo come persona responsabile è il presupposto minimo che un ordinamento sociale deve presentare, se non vuole semplicemente costringere con la forza, ma obbligare come diritto.”²⁴³

Y, además: “El hombre, imagen de Dios, tiene un orden específico impreso en su ser: el orden de su obrar en cuanto tal hombre; es el orden moral, participación finita de la bondad infinita de Dios, en conformidad con el cual el hombre obra como tal y se perfecciona, a la vez que separándose de él obra contra su propio ser y contra la voluntad divina. Hay una íntima relación entre el orden moral y el ser del hombre, porque el orden moral es orden del ser humano. Obrar conforme al orden moral es perfeccionarse, quebrantarlo es degradarse.”²⁴⁴

La antigua definición de Boecio (*naturae rationalis individua substantia*) sigue siendo válida: persona es una substancia individual de naturaleza racional. La diferencia específica es la naturaleza racional. Por la razón, el hombre capta la realidad y es capaz de abstraer lo esencial de cada objeto y de formular conceptos que sirven para designar a todos aquellos que, independientemente de las particularidades, son lo que son por eso que es esencial a todos los de su misma naturaleza.

En su racionalidad, el hombre se capta a sí mismo como distinto de los objetos (lo que está frente u opuesto a él). Y se percibe como uno y mismo; como protagonista de lo que entiende, razona y hace. Su “yo” psicológico es esa “substancia” individual, en el plano consciente, de la definición boeciana. Pero, además, el hombre, como distinto de lo demás y consciente de su identidad, percibe a los entes como finitos. Finitos en el sentido que ninguno puede satisfacerle plenamente. La inquietud y curiosidad del hombre radica precisamente en esa

²⁴² HERVADA, Javier: *Introducción crítica al Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 116.

²⁴³ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 364.

²⁴⁴ HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 156.

proyección al infinito de la que no puede prescindir porque es esencial a él. Su misión es realizar ese infinito; encontrarse con él. Mientras el hombre más camino tenga hecho en ese sentido, se sentirá más completo, nunca satisfecho.

“Il grido della coscienza è l’interiorizzarsi della trascendenza nell’immanenza... Ma che il trascendente non sia mera apparenza, lo dice il fatto che l’uomo può essere razionalmente inteso solo come un essere aperto alla trascendenza; le regole della sua condotta non gli sono biologicamente innate, ma gli vengono date obbligatoriamente. L’uomo è l’essere investito di responsabilità davanti ad una ‘istanza’ che si impone a lui dall’esterno.”²⁴⁵

Por eso, y en tal sentido, el hombre es fin en sí mismo: todo su actuar tiene como objeto la realización de sí mismo. No es medio para ningún otro fin. Ni siquiera para conseguir el bien de otras personas como él. Por eso también, la persona tiene el derecho de exigir que se le permita alcanzar esta autorealización.

“Spetta alla persona, in se stessa, compiere la propria *realizzazione*. La persona nasce con la pienezza della natura realizzata a livello di costituzione ontologica, ma non a livello di costituzione psichica e morale; in questo senso, deve percorrere un camino che la porta alla piena realizzazione: nell’esercizio dell’autocoscienza e dell’autodeterminazione. Ciò la differenzia da Dio, che è perfezione in atto. Perciò la persona ha *il diritto* di pretendere che vengano rispettati tutti gli elementi costitutivi che le garantiscono questa realizzazione.

“*I diritti naturali* costituiscono l’affermazione della persona e la garanzia del suo pieno sviluppo: diritto al proprio pensiero, al proprio corpo, alla proprietà privata, al matrimonio, alla famiglia...; gli animali non hanno diritti, perchè sono soltanto mezzi.”²⁴⁶

2.6. DESAROLLO DEL DERECHO NATURAL

Como dice el Profesor Nirmal: “Natural law theory has been remarkably influential in the evolution of the human thought on the conception of justice for more than 2,500 years since its conception. In fact, as Friedmann aptly says, ‘the history of natural law is a tale of the search of mankind for absolute justice and its failure’. To use his eloquent words further, ‘again and again the idea of natural justice has appeared in some form during the last 2,500 years, as an expression of the search for an ideal, higher than positive law after having been rejected and revived in the interval’.”²⁴⁷

Esta inquietante ansia de encontrar una base sólida al derecho y no meramente circunstancial es la que anima el progresivo desarrollo de la concepción

²⁴⁵ WELZEL, Hans: Op. Cit. Pág. 362.

²⁴⁶ LUCAS LUCAS, Ramón, Op. Cit. Pág. 263.

²⁴⁷ NIRMAL: Op. Cit. Pág. 1.

iusnaturalista, no exenta de encallamientos y tropiezos conceptuales. Algunas teorías iusnaturalistas produjeron, no sin razón, una andanada de críticas y un aluvión de argumentos inobjetables. En el contraste entre estas teorías, intentaré, no sólo pasar revista a sus conceptos fundamentales, sino resaltar y señalar la que puede ser, a mi entender, la teoría iusnaturalista mejor fundada y, por lo tanto, la referencia necesaria en cualquier discusión sobre la ley natural.

2.6.1. En el mundo grecorromano

Especial importancia para la historia del pensamiento tiene el planteamiento del mundo grecorromano acerca del derecho natural, con una serie de autores relevantes que trataron la cuestión.

2.6.1.1. Presocráticos

La búsqueda de lo que es el derecho se da desde los filósofos presocráticos: “Legge e natura, Nomos e Physis erano, in questa prima época del pensiero greco, una unità essenziale; gli ordenamenti umani erano in generale inseriti nelle leggi del’essere ed intesi in esse e per esse. Anche la proposizione di Eraclito, alla quale si è fatta spesso risalire l’idea del diritto naturale, e ancora da intendere alla stregua di questa unità essenziale: ‘tutte le leggi umane si nutrono dell’Uno divino. Questo Uno divino è il Logos, secondo il quale tutto avviene, che è comune a tutto... Ad esso, al Logos, l’uomo ha parte perche esso è proprio dell’anima... ogni saggezza consiste nel dire la verità ed operare secondo la Physis, obbedendo ai suoi precetti. Chi opera secondo natura, opera anche secondo il Logos, secondo la legge del mondo, e questa legge del mondo ‘nutre’ le leggi umane... tutti gli ordenamenti umani vigente nella Polis sono di natura divina, nutriti dell’Uno divino.”²⁴⁸

2.6.1.2. Sófocles

La Antígona de Sófocles es, desde el siglo V a. de C., no sólo el paradigma del amor fraterno y de la valentía femenina, sino también de la convicción con que hay que obedecer los dictados de la razón: “Tus prohibiciones, Creonte, no son tan fuertes para poder violar la ley no escrita, fijada por los dioses, aquellas que ninguno sabe cuándo fueron establecidas porque no viven desde hoy o desde ayer, sino desde toda la eternidad.”²⁴⁹

Para los atenienses de la época, la figura de Antígona no era la de una objetora de conciencia. En realidad “la tragedia... rendía homenaje al pasado mítico del gobierno de la ciudad, presentando aspectos de la historia que ya eran bien conocidos de la audiencia.”²⁵⁰ En consecuencia, Antígona era el personaje que todos,

²⁴⁸ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 11-12.

²⁴⁹ Antígona, vv. 563 ss.

²⁵⁰ CAUDET YARZA, Francisco: Prólogo a *Sófocles*, Ed. Obras Selectas, Madrid. Pág. 13.

en el fondo, hubieran querido ser; el que llevaban en el subconsciente y conocían por los relatos de los mayores. Era el héroe accesible; sin los halos de una divinidad imposible y superior a la condición humana.

La situación planteada no era extraña para el público de Sófocles. Era, por el contrario, la expresión bella de unos sentimientos que todos conocían y que no siempre les era fácil expresarlos. Para algunos, incluso, el personaje de Antígona era un reproche que quemaba la conciencia.

“La tragedia de *Antígona*, es tal vez el tema clásico más recreado por la dramaturgia contemporánea. A este respecto podemos recordar, entre otras, la *Antígona* de Anouilh (1942), la de Salvador Espriu Castelló (1939), la de Bertolt Brecht (1948) y la *Antígona 66* de J. M. Muñoz Pujol (1966).”²⁵¹ Ello muestra que en el espíritu humano está presente el inquietante dilema: obedecer o no la conciencia frente a las normas positivas que se oponen a su dictado. El actual derecho humano de la objeción de conciencia²⁵² no es otra cosa que el reconocimiento de lo que Sófocles y los atenienses de hace veintiséis siglos percibían con total y absoluta claridad: leyes que tienen un contenido moral y no solamente formas jurídicas para el momento y las circunstancias históricas del momento.

2.6.1.3. Sofistas

Presocráticos Con los sofistas, religión y cultura se separan. En centro de reflexión cambia: ya no es el cosmos ni la naturaleza en general, sino el hombre. El hombre como medida de todas las cosas. Las consecuencias de esto, para el derecho natural, fueron evidentes. En una primera etapa, hay distinción mas no oposición entre *physis* y *nomos*. Según Protágoras, todos los hombres tienen, por naturaleza, la inclinación a respetar la ley. Esta inclinación se protege y desarrolla mediante la educación. Las leyes cuidan y protegen la inclinación natural del hombre a respetarlas.

“Un sofista sconosciuto ha... espresso questo pensiero: ‘Poichè gli uomini non sono in grado di vivere da soli, ma sempre, obbedendo alla Necessità, si sono uniti; poichè tutte le loro istituzioni vitali e i ritrovati tecnici sono sorti sotto la pressione della Necessità, vivere insieme, e tuttavia

²⁵¹ *Ibidem*. Pág. 15.

²⁵² Desde el 2007 fue presentada una iniciativa de reforma al artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo reconocía la libertad de creencia. La iniciativa de reforma adicionaba la libertad de conciencia. La modificación, realizada en el primer párrafo de dicho Artículo, no fue aprobada sino hasta junio del 2013, para quedar en los siguientes términos: “**Artículo 24.** Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, **de conciencia** y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.” (Énfasis añadido).

essere senza legge si dimostra impossibile... Perciò Legge e Diritto dominano sovranamente sugli uomini, e non saranno mai messi da parte, perchè essi sono fermamente fondati nella Natura.”²⁵³

Los sofistas, al afirmar que la verdad objetiva no existe, que las cosas son como cada uno las ve, concluyen que tampoco existe lo justo. Sin embargo, para que pueda darse la convivencia política, ha de aceptarse como tal lo que el Estado determina que es justo. “Criterio del buono e del giusto è un soggettivismo collettivo che sul piano etico-politico non riconosce nessuna verità oggettiva, ma riporta tutto alla opinione che in un momento dato ha la maggioranza, e la legittima como giusta, e propriamente como giusta in un dato momento.”²⁵⁴ Esto es, el derecho como resultado de un acuerdo de los ciudadanos: lo que creen que debe ser ordenado para vivir en paz. “L’idea del Nomos come un patto fra i cittadini fu vivacemente difesa dai Sofisti, e servì essenzialmente alla fondazione del loro relativismo.”²⁵⁵

En un segundo momento, *physis* y *nomos* se contraponen. La naturaleza hace iguales a todos los hombres; la ley los distingue. “Per natura siamo tutti uguali, sia Barbari che Elleni... Poichè noi respiriamo tutti con la boca e il naso, e mangiamo tutti con le mani’: così insegnava il Sofista Antifonte. La comune natura biológica viene evidentemente impiegata per la giustificazione della uguaglianza...”²⁵⁶

Esta igualdad natural-biológica es también fuente de la desigualdad: unos son más fuertes, más sanos, más dotados que otros. “Gorgia insegnava essere ‘una legge di natura’ non già che il debole domini il forte, ma che il debole sia dominato e guidato da ciò che è più forte, che il forte preceda e que il debole segua.”²⁵⁷

El Sofista Callicle, según Platón, afirmó que la mayoría esta constituida por débiles. Y que éstos son los que hacen las leyes con el propósito de compensar su debilidad y someter a los fuertes. Pero que éstos, en el momento en que logran liberarse (Nietzsche diría: tomar conciencia de sí mismos) rompen estas estructuras no naturales y, entonces es cuando llega a resplandecer la verdadera ley de la naturaleza. Estamos ahora en el tercer momento: el *nomos* no sólo es opuesto a la *physis*, sino que desvirtúa a ésta.

Según Hervada, “Bastantes sofistas fueron típicos representantes –algunos con una notable dosis de cinismo- de una de las plagas recidivas que ha padecido la teoría del derecho natural: la falacia naturalista, que consiste en elevar indebidamente lo que *es* a la categoría de lo que *debe ser*; o dicho de otro modo,

²⁵³ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 19.

²⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 17.

²⁵⁵ *Ibidem.* Pág. 19.

²⁵⁶ *Ibidem.* Pág. 20.

²⁵⁷ *Ibidem.* Pág. 22.

consiste en el incorrecto traslado de los hechos al plano de la regla de lo moral y de lo justo”.²⁵⁸

2.6.1.4. Sócrates

El subjetivismo sofista fue la puerta para que Sócrates fundara en el alma (la razón) humana el punto de referencia de la objetividad y de la libertad del hombre. “Socrate scoprì l’anima come centro della personalità etico-spirituale dell’uomo... Socrate parla dell’anima come della sede di ciò che è proprio, divino nell’uomo.”²⁵⁹ El dominio de la razón sobre las pasiones e instintos es lo que engrandece al ser humano. “Solo colui che ha raggiunto il dominio su se stesso, sulle sue passioni, è un uomo libero, mentre colui che non riesce a dominarsi, è schiavo dei suoi istinti, ma non un uomo libero.”²⁶⁰

Si la razón es el punto de apoyo de la objetividad, más allá de las leyes positivas, existe la exigencia de cumplir con lo que la razón dicta. No obstante, Sócrates aceptó y quiso enseñar con su ejemplo, que una sentencia injusta, como lo fue la de su condena a muerte, no debe ser desobedecida, porque entonces se perdería la confianza en el sistema jurídico en su conjunto. “... (Socrate) invitato dagli amici a fuggire, rigettò el consiglio di farsi infedele alla legge. ‘Credi tu che abbia ancora consistenza, e sia preservato dalla rovina, uno Stato in cui le sentenze emesse dai giudici non hanno efficacia, ma possono essere annullate e restare inefficaci dai singoli?’.”²⁶¹

2.6.1.5. Platón

“Platone... è stato profondamente turbato dal relativismo e soggettivismo dei sofisti. Perciò egli cerca con Socrate i contenuti di pensiero che siano non semplici oggetti dell’opinione soggettiva (*doxa*) ma oggetti di un sapere universalmente valido (*episteme*) e che –sottratti al mutamento e alla insicurezza del mondo sensibile- restino eternamente eguali.”²⁶²

Platón expone, primero, las ideas relativistas de los sofistas, en boca de Trasímaco: la justicia es lo que conviene al más poderoso, sin que se pueda hablar de que exista un valor ideal de lo que corresponde en derecho a cada uno: “...cada gobierno establece las leyes según lo que a él conviene: la democracia de manera democrática; la tiranía, tiránicamente, y así todos los demás. Una vez establecidas estas leyes, declaran que es justo para los gobernados lo que sólo a los que mandan

²⁵⁸ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 45.

²⁵⁹ WENZEL, Hans: Op. Cit. Pág. 25.

²⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 26.

²⁶¹ *Ibidem*. Pág. 28-29.

²⁶² *Ibidem*. Pág. 31.

conviene, y al que de esto se aparta le castigan como contraventor de las leyes y de la justicia. Lo que yo digo, mi buen amigo, que es igualmente justo en todas las ciudades, es lo que conviene para el que detenta el poder, o lo que es lo mismo, para el que manda; de modo que para todo hombre que discurre rectamente, lo justo es siempre lo mismo: lo que conviene para el más fuerte.”²⁶³

La argumentación que Platón pone en palabras de Sócrates es la siguiente: (i) Si los más fuertes son los que hacen las leyes para su provecho, pueden incurrir en el error. Luego, habrá leyes distintas: unas que logren el beneficio de los que gobiernan; otras, que no. (ii) Cada arte tiene su objeto: la medicina curar; la navegación, llegar a buen puerto; la equitación, lo que conviene al caballo. Por lo tanto, el derecho es para bien del gobernado; no para el provecho del gobernante. (iii) La justicia es sabiduría y virtud; la injusticia es ignorancia. Por eso “el mayor de los castigos consiste en ser gobernado por el más indigno”²⁶⁴; además de que la injusticia “procura sediciones y odios”²⁶⁵. (iv) Los hombres nacen con distintas cualidades, y se pueden clasificar en tres clases: los mercaderes, los soldados y los sabios: “ninguno de nosotros nace con la misma disposición natural, sino que difiere ya de los demás desde el momento en que viene al mundo, predispuesto para una ocupación determinada... los más débiles de cuerpo o incapaces de realizar otros servicios suelen prestar aquéllos (de ofrecer mercaderías)... llamamos así a los que permanecen en el mercado dedicados a la compra y venta y traficantes a los que van de ciudad en ciudad”.²⁶⁶ (v) Cada clase engendra descendencia de la misma categoría: “... sois hermanos en los que los dioses hicieron entrar oro al formar a los destinados al gobierno, plata al preparar a los auxiliares y bronce y hierro al hacer surgir a los labradores y demás artesanos. Así, pues, como tenéis un mismo origen, ocurrirá que engendraréis hijos parecidos a vosotros...”²⁶⁷ (vi) La justicia consiste en que cada ciudadano ocupe “el puesto que por naturaleza le corresponde”²⁶⁸. Por lo tanto, una ciudad “es justa cuando las tres clases de naturalezas que existen en ella hacen lo que les corresponde”.²⁶⁹ (vi) Lo mismo pasa en el individuo: cuando cada una de sus facultades ocupa su lugar y hace lo que le corresponde, se tiene a un hombre justo: “en el alma del mismo hombre se encuentra algo que es mejor y algo que es peor, y que cuando lo que es mejor por naturaleza manda sobre lo peor, se dice de ese hombre que posee el ‘dominio de sí mismo’, lo que constituye una alabanza, pero cuando por su mala educación o compañía, lo mejor resulta

²⁶³ PLATÓN: *La República*, Ed. Edimat Libros, España: Libro Primero, Capítulo XII.

²⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 53.

²⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 60.

²⁶⁶ *Ibidem*. Págs. 80-83

²⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 144.

²⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 154.

²⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 171.

dominado por la multitud de lo peor, esto se considera como un deshonor, diciéndose del hombre así que es esclavo de sí mismo y modelo de intemperancia”.²⁷⁰

Si las verdades absolutas (las ideas) son accesibles sólo a los sabios; y si la mayoría sólo conoce las imágenes cambiantes de la realidad. Es decir, sólo tiene acceso a la “doxa”, a la opinión, entonces, quien debe gobernar y determinar qué es lo justo, son los sabios. “... per Platone solo una piccola schiera di uomini altamente qualificati ha una reale conoscenza di quello che si conviene allo Stato; di fronte ad essi gli altri cittadini sono tenuti ad una obbedienza incondizionata, essi decadono a sudditi o schiavi dei primi. Poichè in quegli la parte più nobile dell’anima, la ragione, è ‘per natura così debole da non riuscire a dominare in essi la bestia... e affinché essi stiano sotto lo stesso dominio della ragione, come il migliore di tutti, essi debbono essere solamente schiavi di quel migliore... Non già perchè crediamo che il suddito debba essere governato per suo danno, come insegnava Trasimaco, ma perchè per ognuno è meglio farsi comandare dal divino e razionale...”²⁷¹

Platón llega al extremo de señalar que el fin justifica los medios en cuanto a la realización de la justicia. Es decir, que los sabios que gobiernan pueden incluso ejercer coacción sobre los súbditos para que realicen el bien en una comunidad. En su Diálogo “Político”, Platón escribe: “Che cosa può dirsi contro una coazione che spinge i cittadini ad operare non secondo l’ordine stabilito da leggi scritte o da usi tradizionali, ma in un modo più giusto, migliore e più bello di prima? Non si deve dire che coloro che sono così costretti non per questo si fanno imporre alcunchè di vergognoso, di ingiusto o di cattivo?”²⁷² Y Welzel, a pie de página, cita lo que Kant dijo al respecto: “Nessuno può obbligarmi ad essere felice a suo modo. Un governo i cui sudditi sono tenuti a comportarsi in modo puramente passivo, come fanciulli minori che non sanno distinguere ciò che è utile da ciò che è dannoso, e che *debbono* attendere solo dal giudizio del sovrano come debbono essere felicie, è il massimo dispotismo possibile.”²⁷³

Finnis resume la idea de justicia platónica de la siguiente manera: la justicia “como referida esencialmente a la relación entre tres aspectos del alma (la razonabilidad, el deseo y la fogosidad, que normalmente se une a la razón para dominar el deseo): la justicia como orden en el alma se convierte luego en modelo y causa de la justicia como recto orden en la sociedad”.²⁷⁴

²⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 165.

²⁷¹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 34.

²⁷² *Ibidem*. Pág. 35.

²⁷³ *Ibidem*. Pág. 35, del ensayo kantiano “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”.

²⁷⁴ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*; *Op. Cit.* Pág. 192.

La filosofía platónica, basada en las “Ideas”, se constituye, a decir de Welzel, en la orientación de toda teoría jurídica que pretenda superar el relativismo y anclarse en una validez universal de la justicia. “Con ciò Platone era spinto verso quella regione dalla quale solamente poteva venire un diritto naturale ideale, cioè una dottrina, munita di rigorosa validità generale, e non vuota circa il diritto. La dottrina platonica delle idee, come dottrina delle forme a priori dell’essere del mondo, costituisce la spina dorsale di ogni dottrina ideale del diritto naturale. Poichè essa contiene tre momenti: in primo luogo, le idee sono oggetto di una conoscenza di sicura validità universale, dato che esse, indipendentemente dalla esperienza singola, sono valide per ogni esperienza possibile. Questi contenuti, in secondo luogo, rendono possibile una conoscenza oggettiva, di assoluta certezza e sicurezza. E, infine, esse sono verità razionali eterne, non decisioni mutevoli della volontà”.²⁷⁵

En Eutifrón, Platón formula la cuestión de si lo justo lo es por sí o porque es agradable a Dios. Y su respuesta es: “Il giusto piace a Dio perchè è giusto, ma non giusto perchè piace a Dio.

“Bueno e cattivo, justo ed injusto non son decisiones della volontà divina, Dio non è legislador del mundo; invece bueno e cattivo, justo ed injusto son verità eternas de razón, essencias eternas, que, como i rapporti numerici, son sopradordinate alla voluntad divina, e a cui perciò ‘anche Dio’ è vincolato.”²⁷⁶

2.6.1.6. Atistóteles

Para Aristóteles el mundo de las ideas existe, pero no alejado de la realidad. La materia está informada por la idea (la forma): el ileformismo. La materia (*ile*) no existe sin la forma. La forma (*eide*) es la esencia de cada cosa. Y su realización es el movimiento, el devenir. La materia con la forma tiene la potencialidad de llegar a ser, de realizar, su esencia –su idea-. Ésta es también el fin y, por tanto, la causa del movimiento.

La concepción cosmológica aristotélica es la de un universo en movimiento hacia un fin predeterminado por la forma o esencia de las cosas. “Ogni oggetto in ogni grado dell’essere ha il suo fine specifico, la sua propria ‘entelechia’, ed è in pari tempo collegato col fine supremo, con Dio, attraverso la connessione teleologica del tutto, in cui ogni grado superiore è il fine di quello inferiore.”²⁷⁷

“La dottrina platonica delle idee aveva invero posto le basi ideali per una teoria a priori del diritto, ma non aveva fondato nella sua essenza il

²⁷⁵ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 32

²⁷⁶ *Ibidem.* Pág. 33

²⁷⁷ *Ibidem.* Pág. 43

collegamento del diritto con la natura dell'uomo. Aristotele ha adempiuto tale compito, trasformando la dottrina platónica delle idee in una metafisica teleologica, in cui l'idea è collegata col concetto di natura. L'identificazione di idea e di Physis operata da Aristotele apre alla dottrina a priori del diritto la via per un vero e proprio diritto naturales (ideale)".²⁷⁸

En la metafísica aristotélica el ser es materia y forma. La pura materia sin forma, es sólo una abstracción; la forma, sin materia, es una idealización. La materia es pura potencia; la forma es la esencia y actualización. El movimiento es el paso de la potencia al acto. Por eso, la causa eficiente y final del devenir es el fin. Es una metafísica teleológica. Todo es movido por su propio fin, y todos los fines se conjuntan y armonizan en el fin del universo. Por eso, existe armonía.

Lo que sucede en la naturaleza pasa también en el obrar del hombre: su actuar está en consonancia con su fin, y cada uno de sus actos está 'determinado' por el objeto que ha captado intelectualmente como meta. La intensidad y la fuerza de los actos dependen del bien deseable.

“Come nel seme il futuro essere vivente è prefigurato nelle sue attitudini (potenzialmente), e nel proceso di sviluppo è attualizzato in relazione al suo fine, e come nell'operare umano lo scopo è anticipato nel pensiero, e guida e governa i movimenti reali del corpo, così l'intero divenire del mondo è un grande proceso determinato dal fine, mosso e diretto dal fine.”²⁷⁹

La actualización o, podríamos decir, el darle forma a la materia –que es el devenir- es la naturaleza:

“La ‘natura’ è la forma compiuta della realtà di un oggetto, che sta nella materia solo secondo la possibilità o l'attitudine, e si attualizza nel proceso del divenire”.²⁸⁰ La naturaleza por lo tanto, no es lo material, lo ‘natural’, sino el ser de cada ente en su realización o actualización de su esencia; o en su devenir hacia su propio fin. “La natura è il fine di ogni e qualunque oggetto. La qualità che esso mostra alla conclusione del suo proceso di sviluppo, la chiamiamo la sua natura, sia che si tratti di un uomo, sia che si tratti d'un cavallo o d'una casa.”²⁸¹

Está en la naturaleza del hombre –en su devenir- el ser social. Pero el fin de todas las formas de socialización es el estado, porque sólo en el estado los seres

²⁷⁸ *Ibidem.* Pág. 41

²⁷⁹ *Ibidem.* Pág. 43

²⁸⁰ *Ibidem.* Pág. 44.

²⁸¹ *Ibidem.* Pág. 44.

humanos pueden realizarse, plenamente. Un hombre no puede vivir aislado. “Chi non può vivere in comunità... è o una bestia o un dio”.²⁸²

Y en el estado se crea el derecho, que es el ordenamiento de la comunidad. El derecho, por tanto, tiene por objeto la justicia. Ahora bien, no todo ordenamiento o ley, por el hecho de ser promulgada por el gobernante, es necesariamente justa. “In nessun caso può essere giusta una legge che è stata emanata solo a vantaggio d’una parte del popolo e a danno dell’altra, ed è quindi tale da portare a rovina lo Stato”.²⁸³

Aristóteles, por tanto, distingue entre justo e injusto. Y, por ello, también indica dos clases de leyes: la general que es el derecho natural; y, la particular, que es el derecho positivo, creado por los hombres. “Il diritto valido per le comunità politiche si distingue in naturale e legale. Naturale è quello che dappertutto possiede uguale forza, ed è indipendente dal fatto di essere riconosciuto o no. Legale è quello il cui contenuto originariamente può essere così o diversamente, ed è determinato come tale da una disposizione legale”.²⁸⁴

Aristóteles tuvo que enfrentar la objeción de que el derecho está sujeto a los vaivenos de la historia. Él mismo tuvo que aceptar que no se puede establecer que exista una constitución o norma fundamental en el sentido moderno que sea la mejor; esto es, que pueda aplicarse en todas partes y en todos los tiempos. El legislador debe, a lo máximo, buscar una constitución que sea la “relativamente mejor”. Es decir, que pueda lograr que la mayoría de los ciudadanos logren su objetivo de realización. Por eso, piensa que lo mejor en un estado es que no haya grandes diferencias entre ricos y pobres, y que lo ideal sería que todos tuvieran las mismas o parecidas posibilidades económicas. “Così egli (Aristótele) progetta una costituzione relativamente migliore, con un forte ceto medio e con forme moderate di governo. La più grande felicità di uno Stato si realizzerebbe se i cittadini non fossero nè troppo ricchi nè troppo poveri, ma disponessero di un patrimonio medio sufficiente al loro sostentamento.”²⁸⁵

Para Aristóteles, la justicia es una virtud social: se refiere al otro. “Perciò essa è la virtù più perfetta, perchè l’uomo non la esercita solo per sè stesso, ma anche per gli altri.”²⁸⁶ El contenido de la justicia es la igualdad. Aristóteles reconoce dos tipos de igualdad: la aritmética o numérica (la justicia conmutativa); y la geométrica o proporcional (la justicia distributiva). ¿Cómo deben participar los ciudadanos en los cargos del Estado: en base a la igualdad numérica o a la igualdad proporcional? “i

²⁸² *Ibidem*: citando el libro “Política” de Aristóteles. Pág. 45.

²⁸³ *Ibidem*: citando el libro “Política” de Aristóteles. Pág. 46.

²⁸⁴ *Ibidem*: citando la Ética a Nicómaco de Aristóteles. Pág. 47.

²⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 49

²⁸⁶ *Ibidem*: citando La Ética a Nicómaco de Aristóteles. Pág. 49-50

democratici, in omaggio alla libertà generale dei cittadini, intesa nel senso più lato, vogliono far valere solo la eguaglianza generale; gli oligarchi vogliono differenziare i cittadini secondo il patrimonio, gli aristocratici secondo la nascita. Aristotele, invece, vuol prender come punto di riferimento l'educazione e la capacità.”²⁸⁷

Aristóteles también estableció claramente una de las categorías fundamentales del acto jurídico: la imputación. Sólo es imputable el acto querido conscientemente, racionalmente. El acto en el que “camminando a ritroso dal fine prestabilito, vengono prescelti i mezzi più adeguati, seguendoli e fissandoli fino all'origine dell'atto, in cui l'agente può, secondo il fine, dominare il corso dell'accadimento.”²⁸⁸ Por lo tanto, sólo los actos premeditados (racionales) son imputables. Los demás: los actos emocionales o no premeditados (sin conocimiento), no originan responsabilidad en el actor. Estos producen una injusticia, pero no hacen al actor injusto. “... egli commette così un atto ingiusto, ma non è per questo un uomo ingiusto; tale sarebbe se avesse compiuto l'atto con premeditazione.”²⁸⁹

Puede ser que el acto inimputable sea por causa de error o por ignorancia o ser ejecutados bajo coacción –sin libertad. Sin embargo, importa saber si tales causas son o no imputables al sujeto. “Se però l'ignoranza non e la causa specifica dell'atto, ma lo è la ira, la cupidigia, l'ubriachezza, la sventatezza, allora importa sapere se e in quale misura colui che senza premeditazione ha agito era autore e padrone del suo difetto di conoscenza.”²⁹⁰

El valor de esta teoría de la imputación ha trascendido y sigue aplicándose en nuestros sistemas jurídicos. Por eso, se ha dicho que los principios establecidos por Aristóteles “sono valide per qualunque posible esperienza singola; che sono, sí scoperte nell'ambito della storia, ma valgono indeipendentemente dalle condizioni storiche della loro scoperta.”²⁹¹

2.6.1.7. El Estoicismo

Los estoicos retoman el tema eracliano del “logos” del cual todos los seres forman parte. “Un Nomos unico abbraccia tutti gli uomini e li fa cittadini del grande Stato universale, nei cui confronti i singoli Stati sono solamente individuazioni, condizionate dalle speciali circostanze, territoriali, temporali e razziali. ‘El mondo è un grande Stato con *una* costituzione ed *una* legge. La ragione naturale comanda

²⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 50

²⁸⁸ *Ibidem*: citando *La Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Pág. 52.

²⁸⁹ *Ibidem*: citando *La Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Pág. 52.

²⁹⁰ *Ibidem*: citando *La Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Pág. 53.

²⁹¹ *Ibidem*. Pág. 54.

ciò che si deve fare e vieta ciò che non si deve fare. Gli Stati territorialmente limitati sono certo innumerevoli ed hanno consuetudini e leggi di diverso tipo, per nulla eguali. Poichè ognuno di essi diede origine a ulteriori usi e costumi, e ve li aggiunse... così le costituzioni particolari diventarono come delle aggiunte all'unica legge naturale'.²⁹²

El *Nomos* es la razón universal que ordena cuanto hay en el mundo, conforme a un fin. Es la ley natural:

“Nei confronti della legge universale, l'uomo deve sottomettersi totalmente. Il destino conduce chi si sottomette e trascina chi resiste. L'uomo, nel corso degli eventi del mondo, è paragonabile al cane che è legato ad un carro: se il cane è saggio, corre dócilmente col carro; ma se invece abbaiando si pianta sulle zampe posteriori, viene trascinato... I buoni seguono docilmente il destino, e si inseriscono armonicamente nell'ordine del mondo; i cattivi, che si oppongono al destino, cercano di turbare, per quanto senza successo, l'ordine del mondo.

“... Pertanto il fine supremo dell'uomo consiste nel condurre una vita conforme a natura, nulla facendo di ciò che la legge generale, che è la retta ragione che tutto governa... proibisce. La legge di natura in stretto senso è quindi la retta ragione, la ragione coincidente con la natura (umana). Cicerone ha così contrapposto la legge di natura in senso stoico alla legge umana... ‘La vera legge è la retta ragione conforme alla natura, cui tutti partecipano e che è stabile ed eterna, che esorta imperativamente al dovere, e atterrisce vietando il male... A questa legge non può togliersi vigore, nè porsi limiti, nè si può abrogarla; nè il Senato nè il popolo romano possono esentarci dal nostro dovere nei suoi riguardi; nè vi è una legge in Roma e un'altra in Atene, una oggi e un'altra domani, ma una legge unica e immutabile abbraccia tutti i popoli e tutti i tempi. Chi non le obbedisce, fa offesa a se stesso, quale dispregiatore della natura umana, e incorrerà nella pena più grave, anche se gli riesca di sfuggire alle altre cosiddette pene’... ‘Se il diritto fosse formato solo da deliberazioni del popolo, editti del principe o pronunce giudiziali, allora dovrebbe essere diritto il rubare, rompere il matrimonio, sottoscrivere testamenti falsi, quando ciò fosse approvato nelle votazioni e deliberazioni della folla...’²⁹³

Los estoicos afirmaron que la ley justa se distingue de la injusta por su concordancia o no con la naturaleza. Y entendieron por naturaleza, primero: lo que el hombre siente como lo más propio: su vida. Por tanto, todo lo relacionado con el instinto de conservación de la propia vida y, por extensión, también la conservación de la vida de los familiares, de los amigos y hasta de la sociedad en general es propio de la naturaleza humana. “La stima reciproca degli uomini è qualcosa di

²⁹² *Ibidem*. Pág. 56

²⁹³ *Ibidem*. Pág. 57-59.

naturale, così che l'uomo già per il fatto di essere uomo, non è mai straniero all'altro uomo.”²⁹⁴

En segundo término, los estoicos entienden por naturaleza la condición racional del hombre. Por lo que la felicidad del hombre radica, según Zenón, en “vivir de acuerdo consigo mismo”, esto es, vivir de acuerdo a la razón. “Per porre il singolo al riparo da tutte le contingenze della vita esteriore, esso concentra ogni valore nell'interno dell'uomo, nella sua volontà etica, nella sua attitudine morale. L'effetto esterno del nostro operare è indifferente.... Ogni esteriorità, che non è nel nostro potere, appartiene alle cose indifferenti...

“Sorto in un tempo in cui la libertà era oppressa dal dispotismo... lo stoicismo offriva agli uomini una concezione del mondo in cui l'individuo appare dappertutto schiacciato da forze prevalenti (dal destino, dalla povertà) ed ha cercato di renderlo indipendente dai beni esterni, concentrandolo nella sua interiorità. In questa visione fondamentale della vita, dell'essere esposti a forza prevalenti, solamente il distacco da tutti i beni esterni e il punto fermo dell'assoluta autarchia della virtù potevano salvare all'uomo una sfera che fosse a sua disposizione.”²⁹⁵

El estoicismo reconoció el valor de la conciencia, y, en este sentido, la autonomía moral. Séneca se refiere a la conciencia, como “l'osservatore segreto e il custode di tutto ciò che di bene e di male vi è in noi.”²⁹⁶

En cuanto a las ideas innatas, fue Cicerón quien vulgarizó la teoría platónica de la anamnesis (rememorar). Señaló que “le idee morali fondamentali siano innate come piccoli concetti (*parvae notitiae*), per modo da costituire, per così dire, la nostra ‘luce naturale’ (*lumen naturae*). Poichè esse sono innate in tutti gli uomini, il consenso di tutti (*consensus omnium*) su concetti etici è di necessità la ‘voce della natura’ (*vox naturae*), e quindi la voce della verità.”²⁹⁷

En dicho sentido, Cicerón se expresó así: “Existe una ley verdadera, una razón recta, conforme a la naturaleza, presente en todos, invariable, eterna, tal que interpela a los hombres con sus mandatos a hacer su deber o a impedirles hacer el mal. Esta ley no es diversa en Roma o en Atenas. No es diversa ahora o mañana. Es una ley inmutable y eterna cuyo único autor, intérprete y legislador es Dios.”²⁹⁸

²⁹⁴ *Ibidem*: citanto a Crisipo. Pág. 60.

²⁹⁵ *Ibidem*. Págs. 61-62

²⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 66.

²⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 67.

²⁹⁸ (*De Republica* III, 22, 33). Citado por HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 79.

2.6.1.8. Derecho Romano Clásico

“El derecho romano clásico, sobre el que Justiniano basó su definitiva compilación, es casi íntegramente producto del descubrimiento de la ley por parte de los juristas y sólo en escasísima medida fruto de la legislación.”²⁹⁹

En el Digesto (50, 17, 1) se lee: “la regla es aquello que enuncia brevemente una cosa. No es a partir de la regla como se extrae el derecho: sino que es a partir del derecho existente como se hace una regla.”³⁰⁰

“La distinción entre *ius civile* y *ius naturale* la encontramos también en el jurista Paulo: “La palabra derecho –escribió en su obra *Ad Sabinum*- se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil.”³⁰¹

El Digesto también “recoge de Ulpiano los tres principios clásicos del derecho: *honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere*.”³⁰² Así como su definición de jurisprudencia: “*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.³⁰³

El derecho de gentes sí fue distinguido del derecho natural. “En las Instituciones de Justiniano –que también recogen las definiciones de Ulpiano y de Gayo- hay un texto en el que aparece con bastante claridad el *ius gentium* como distinto del derecho natural. El derecho de gentes sería un derecho común al género humano, pero nacido de las exigencias del tráfico y de las necesidades humanas, en vista de las cuales los hombres lo habrían constituido. Parte del derecho de gentes sería contrario al derecho natural (las guerras, el cautiverio y la esclavitud), otra parte, en cambio, estaría de acuerdo con él: los contratos, la compraventa, el depósito, etc.”³⁰⁴

2.6.2. San Agustín

San Agustín asume del platonismo el concepto de las “ideas”. Éstas, en la reflexión agustiniana, ya no están en el hiperurano, sino en Dios. Y por eso, son inmutables, eternas y verdaderas. En base a ellas, Dios creó el mundo. “...tutti i

²⁹⁹ MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio: *Op. Cit.* Pág. 343-344.

³⁰⁰ *Ibidem.* Pág. 344.

³⁰¹ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; *Op. Cit.* Pág. 79.

³⁰² MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, *Op. Cit.* Pág. 353.

³⁰³ *DIGESTO* 1,1.1.10.

³⁰⁴ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; *Op. Cit.* Pág. 112.

modelli mentali, secondo i quali possono esser o sono state create le cose, sono contenuti nello spirito divino, e poichè tutto ciò che sta nello spirito divino è eterno ed immutabile, ci sono le idee, e esse sono vere, perchè sono eterne e rimangono immutabili.”³⁰⁵

Sin embargo, en su polémica con Pelagio, Agustín sostuvo más el voluntarismo que el intelectualismo divino. El primero afirmaba que el hombre, con su voluntad, puede realizar obras buenas y justificarse (salvarse). San Agustín lo refuta afirmando que es sólo por la gracia de Dios que el hombre puede salvarse. Y que Dios da su gracia a quien quiere. Por lo tanto, la predestinación radica en la voluntad divina “*quia voluit*”. “Col peccato originale di Adamo, tutti son diventati peccatori, ed hanno solo la libertà del male, ma nessuna libertà al bene. Solo Dio può, con la sua grazia, farci liberi di operare il bene... Dio ha, fin dall’eternità, stabilito chi si salverà e chi sarà dannato. Perchè però egli ha misericordia di uno e dannà l’altro? A questa domanda si può dare solo una risposta: perchè così ha voluto, *quia voluit*.”³⁰⁶

Agustín distingue entre (i) ley eterna; (ii) ley natural; y (iii) ley temporal. Esta última es la ley positiva y sólo tendrá fuerza obligatoria si es una ley justa. “La *lex naturalis* è una trascrizione della legge eterna nell’anima umana, nella ragione e nel cuore dell’uomo. Per Agostino, essa corrisponde al principio soggettivo della giustizia, l’abito spirituale di essa, innato in noi per natura...

“La *lex aeterna*, il cui carattere essenziale è l’immutabilità, è definita da Agostino come ‘ragione e volontà di Dio, che ordina di conservare l’ordine naturale, e vieta di turbarlo’.”³⁰⁷

2.6.3. Santo Tomás de Aquino

“Aquinas married Aristotle’s natural law theory with the Christian tradition to develop the most refined theory of natural law before the twentieth century, and his work is a fundamental reference point for all natural law theorists.”³⁰⁸

³⁰⁵ San Agustín, citado por WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 77.

³⁰⁶ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 79.

³⁰⁷ *Ibidem.* Pág. 81.

³⁰⁸ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory. Op. Cit.* Pág. 68.

2.6.3.1. *La ley producto de la razón*

Para Tomás de Aquino la ley es producto de la razón; no de la voluntad. “Unde relinquitur quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus.”³⁰⁹

Y en la I-II q. 90, a. 1, resalta el aspecto racional de la ley:

“lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur: dicitur enim lex a *ligando*, quia obligat ad agendum. Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est primum principium actuum humanorum...: rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis...”

2.6.3.2. *La ley eterna*

Como San Agustín, el Aquinate también afirma la existencia de ley eterna. Ésta es la regulación providente de Dios sobre la creación entera: “...tota communitas universo gubernatur ratione divina. Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens, legis habet rationem. Et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum... inde est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam.”³¹⁰

Finnis refiere así la concepción de la ley eterna de Tomás de Aquino: “For the universe is non mere jumble but a vast community of beings, indeed a complete community {perfecta communitas}. And the production and sustaining of the universe is the supreme act of practical reason. In that act, God envisages and freely chooses the whole order of things, prescribing (so to speak) that order by impressing its principles (the ‘laws of physics’, the ‘laws of logic’, and so forth) onto or into the various orders of created entity and process. And this act is to the common benefit of the whole (and thus of its parts). So we can think of this supreme act of government as legislative, and its rational content as a law which, like its author, in timeless (even though that content is freely chosen, not necessary, and regulates creatures which are all within time).”³¹¹

2.6.3.3. *La ley natural*

La ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la creatura racional: “... quasi lumen rationis naturalis, quo discernimus quid sit bonum et malum, quod pertinet ad naturalem legem, nihil aliud sit quam impressio

³⁰⁹ Sm Th. I-II, q. 17, a. 1.

³¹⁰ Sm Th. I-II, q. 91, a. 1.

³¹¹ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 307.

divini luminis in nobis. Unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura.”³¹²

Si Dios dispuso el orden universal, y todo tiende a su fin para mantener ese orden, en el mundo sólo la persona humana tiene la capacidad para moverse conscientemente hacia ese fin que le es propio. En el hombre, la inteligencia capta el fin –lo bueno- y se mueve hacia él por la voluntad. Por lo que todo lo que sea racional, es decir, todo lo que represente un bien para la realización del fin del hombre, es bueno y debe ser hecho. Lo contrario, debe ser evitado.

Lo anterior no niega, sino que confirma que el hombre puede moverse hacia “bienes” subjetivos, captados como tales por el intelecto. O, incluso, moverse o decantarse por otras instancias, aún sabiendo que no es lo que corresponde al enriquecimiento de su personalidad. Es la libertad. Y como dice Hervada: “Querer el mal, decía con agudeza Tomás de Aquino, no es libertad ni parte de la libertad, pero es signo de ella en la naturaleza creada, es decir, deficiente (*De Ver.*, q. 24, a. 7 ad4). Ni el mudo desafina, ni el paralítico inmovilizado tropieza; desafina el que tiene voz y tropieza el que puede andar, pero el tropiezo es un defecto del andar (un no andar parcial) y desafinar es un defecto del dominio de la voz (un no dominio parcial); de modo similar, elegir el mal es un defecto de la libertad, sólo posible, en el ser dotado de ella.”³¹³

De la “naturaleza” de la que habla Santo Tomás es de la naturaleza racional; no la física, ni tampoco la sensible: “Es en la naturaleza en cuanto esencia como principio de operación –personalidad, finalidad, etc.- y no en la mera realidad físico-biológica del hombre donde se fundamenta el derecho natural. Fuera de eso, cabe un naturalismo jurídico o un objetivismo, mas no el verdadero derecho natural. Los hombres son iguales por derecho natural porque todos son igualmente personas, no porque coman por la boca o respiren por la nariz, que en eso poco se diferencian del chimpancé o del macaco.”³¹⁴

2.6.3.3.1. Análisis del acto humano

Finnis describe, analiza y ejemplifica las diversas etapas del acto volitivo, según Tomás de Aquino. Y precisa “The core of the analysis, as we shall see, is an understanding of *will* and *willing* in a precise sense, as one’s intelligent *response* to what one understands as opportunity.”³¹⁵

³¹² Sm. Th. I-II q. 91, a. 2

³¹³ HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Op. Cit. Pág. 126.

³¹⁴ *Ibidem*. Pág. 47, en pie de página.

³¹⁵ FINNIS, John, *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 62

Para explicar dicho acto, Finnis pone el ejemplo de ocho estudiantes que viven en el mismo inmueble de la universidad, y deben decidir si establecen o no un horario para cenar y evitar ruidos a una determinada hora. El escoger entre dos o más opciones es lo que Tomás de Aquino llama “electio”. Pero la elección se toma con base en un fin: tener el ambiente apropiado para estudiar después de las nueve de la noche. “*Intentio and electio are analytically distinguishable elements in one’s response to the benefits, as one understands them, of the proposal one adopts... Choosing and intending are analytically distinguishable, as means and end are distinguishable, but they need not be chronologically or ‘psychologically’ separate.*”³¹⁶

A la facultad de captar los beneficios y perjuicios que puede tener una *electio*, Tomás de Aquino la llama “*intellectus practicus*”; y a la capacidad para ejecutar esa elección, “*voluntas*”. “Reason’ and ‘will’ are nouns, and reason and will are spoken of as doing this and that. But they are not like little persons –or machines- installed inside the acting person. They are factors in the acting of the single, unitary agente, the acting person.”³¹⁷

Antes de proceder a la acción, Tomás de Aquino señala que existe una ponderación entre los beneficios de las diversas alternativas que se le presentan a la persona. Por eso, hay un “*consilium*” o deliberación, y finalmente un “*consensus*” para determinarse por una u otra posibilidad. La ejecución del acto por la voluntad, responde a un juicio de la razón práctica. “This assent of the will is one’s response, in each case, to one’s judgement that a proposal makes sense, offers practicable benefits, hangs together as a package of means to end(s). So Aquinas has a name for the acts of reason in which one forms these judgements of practicability and suitability: each of them is a *sententia*. That was the Roman juridical term for judgement, and Aquinas sometimes calls this sort of deliberative judgement just that, a *iudicium*.”³¹⁸

Finnis insiste en que Tomás de Aquino afirma que el acto de voluntad es un acto que responde a razones; que no es algo ciego ni desvinculado de un fin que se ha captado como apropiado. “*will is one’s response to reason(s)*. The choice was of an intelligible proposal; adopted, that proposal becomes a plan of action.”³¹⁹

Estas razones que dirigen a la voluntad, conforman el plan o proyecto de acción. En el ejemplo de los estudiantes, Finnis señala que aprobado el horario, la decisión se convierte en una regla para todos ellos, y tienen que disponer lo necesario para que sea aplicada. Por esto, Santo Tomás, habla de “*imperium*”. Y si

³¹⁶ *Ibidem*. Pág. 64

³¹⁷ *Ibidem*. Pág. 65.

³¹⁸ *Ibidem*. Pág. 67.

³¹⁹ *Ibidem*. Pág. 67.

se logra el objetivo de la acción, se experimenta lo que el mismo Aquinate llama “fruitio”. “There may or may not be emotional satisfactions, pleasure palpable to the feelings (and such pleasure will be good and acceptable if the act is good, bad and corrupting if the act is morally bad). But there will be the rational satisfaction –or contentment {quies}- of understanding that one’s intended purpose has been fulfilled. Here, as at every other point, the response –the delight- is of will, one’s responsiveness of reason(s).”³²⁰

El acto de voluntad es expresión de la libertad. Libertad que decide entre más de una razón para actuar. Por eso “... Tomás de Aquino considera que ‘la filosofía práctica’ (incluyendo la ética) es una investigación racional distinta de la metafísica;... sostiene claramente que en ética uno no busca explicaciones del tipo ‘A desea X porque es su fin natural’; más bien, uno está buscando razones para la acción que sean buenas en cuanto razones. Y Tomás de Aquino... es bastante explícito en afirmar que la búsqueda de buenas razones para desear y elegir y actuar llega a su término no en las proposiciones especulativas (*i.e.* teoréticas) de la metafísica, sino en los principios prácticos indemostrables que son evidentes (*per se nota*) y no necesitan una ulterior justificación explicativa, tal como ‘la verdad es un bien que ha de buscarse...’”³²¹

2.6.3.3.2. La naturaleza no como entidad física

Welzel objeta que la “naturaleza” de Tomás de Aquino sólo contemple las tendencias “buenas”, y no las “malas”. “Egli (Tommaso) confessa tuttavia che l’uomo possiede due ‘nature’, una razionale e una sensibile, e dalla natura sensibile deduce il peccato e il vizio, perchè molti uomini seguono più la natura sensibile che quella razionale. Ed allora, se non tutte le inclinazioni naturali sono ‘conformi a natura’, in senso assiologico, ma lo sono solamente quelle buone, esenti da colpa, il concetto di natura viene a perdere la capacità di fornire il criterio per il bene e il male. Non già il ‘conforme a natura’ è in grado di definire il contenuto concreto del bene, ma al contrario è il buono che deve determinare ciò che è conforme a natura. Così si viene alla típica *petitio principii* del diritto naturale: quello che si ritiene prima como bueno viene assunto como ‘naturale’ e poi viene usato como fuente di conoscenza del buono.”³²²

La objeción puede contestarse en la forma siguiente: Tomás de Aquino habla de razón, de motivos racionales, de juicios; no de hechos. Es decir, las “tendencias naturales”, instintivas, no caen dentro del esquema explicativo del Aquinate. Y si caen es porque están dirigidas y/o controladas por la razón. La naturaleza de la que trata Santo Tomás es la esencia racional de la persona humana. “... no hay que confundir sin más las inclinaciones naturales con la ley natural. Esta, la ley natural,

³²⁰ *Ibidem*. Pág. 68

³²¹ FINNIS, John, *La Ley Natural y Derechos Naturales*; Op. Cit. Pág. 109.

³²² WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 89.

es la regla racional de esas inclinaciones... la ley natural convierte en obligación la inclinación natural.”³²³

Lo que Santo Tomás considera ley natural no es, como dice Welzel, lo regido por lo “natural” del ser humano; sino lo exigido por la racionalidad para realizarse plenamente. “El punto de partida para comprender la ley natural reside en advertir que no se trata de una teoría, sino de un hecho. Lo que llamamos ley natural no es una doctrina, sino un hecho de experiencia...”

“El hecho de experiencia al que nos referimos es que, en relación a la conducta humana, nuestra razón... no muestra una indiferencia universal –no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre pueda físicamente realizar-, sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación: debe hacerse esto, debe evitarse aquello... juicios deónticos... emite también juicios estimativos o de valoración: está bien tal acto, está mal haber hecho tal cosa.

“Debe notarse que los juicios deónticos de los que estamos hablando no constituyen la decisión de obrar, ni tampoco la conclusión a la que el sujeto llega en orden a lo que en cada momento va a hacer. Cuando un sujeto decide en una situación concreta lo que va a hacer, sin duda juzga que su conducta –por las razones que sean- es la que le conviene. Pero unas veces decidirá obrar conforme a los juicios deónticos señalados, y otras veces decidirá en oposición a ellos. Esta observación elemental nos señala que los juicios deónticos de los que hablamos son antecedentes a la decisión de obrar y no se confunden con el juicio personal del sujeto que le lleva a tomar esa decisión. La experiencia muestra que tales juicios deónticos aparecen de suyo como norma objetiva del obrar, inconfundible con la norma subjetiva, esto es, con el juicio particular del sujeto sobre lo que ha decidido hacer.”³²⁴

En nada tiene que ver la concepción de la ley natural tomista de algo tan tosco o burdo como decir que es lo dado, el ser físico del hombre, lo que la define. La operación racional de decidir es ciertamente natural y propia de la esencia de la persona humana. Pero esta operación, como lo vimos anteriormente en el análisis de Finnis, tiene por objeto el bien y lo que debe ser actuado para alcanzar el fin del hombre: su felicidad, mediante su plena realización como persona. “Esta ley es natural, porque no procede de factores culturales, sino de la estructura psicológico-moral del ser humano.”³²⁵

“El fundamento último de todo derecho, natural o positivo, es la personalidad humana, la condición personal del hombre. La personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la misma

³²³ HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 146.

³²⁴ *Ibidem*. Págs. 140-141.

³²⁵ *Ibidem*. Pág. 141.

esencia del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano –que es lo que tiene relación directa con el derecho-, concierne a la esencia como principio de operación. Pues bien, la esencia como principio de operación es lo que llamamos naturaleza humana. El fundamento de todo derecho es, por lo tanto, la naturaleza humana”³²⁶

Por eso, es necesario insistir en que no lo dado materialmente, como el cuerpo, es lo que sostiene el iusnaturalismo tomista, sino la razón. Y no porque Santo Tomás tenga una concepción dualista (corpo-anima), sino porque la esencia, lo que informa la materia, es precisamente el aspecto espiritual del hombre. Si fuera sólo cuerpo o sólo espíritu, y no un “espíritu encarnado”, como dice Ramón Lucas Lucas³²⁷, entonces no sería hombre. “Secondo Tommaso l’anima è solo una parte della natura umana (*pars speciei humanae*) Solo la unione de anima e corpo potrebbe essere chiamata un ‘questo’, un *individuum* (*hoc aliquid*)”.³²⁸

“... nuestra razón nos *prescribe* como obligatorias determinadas conductas u omisiones. Estos dictados de la razón, que se nos presentan como formalmente obligatorios, con obligación perfecta, es lo que recibe el nombre de ley natural. Esta captación práctica de los dictámenes racionales como obligatorios no está necesariamente vinculada al conocimiento de Dios... Ni tampoco el dictamen de la razón natural consiste de hecho siempre en la captación del precepto como mandato divino, sino en la captación del bien como algo que hay que hacer y del mal como algo que hay que evitar, siendo la conciencia el juicio de aprobación o desaprobación de la conducta; el sentimiento de culpa por la contravención de la ley natural conocida es un hecho real, como es un hecho real que ese sentimiento de culpa se pueda presentar aun sin una referencia directa a Dios...”³²⁹

“... en virtud misma de la naturaleza humana, hay un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y de acuerdo con la cual la voluntad humana debe obrar para conformarse con los fines esenciales y necesarios del ser humano. La ley no escrita o ley natural no es nada más que esto.”³³⁰ El mismo Maritain señala: “El fundamento filosófico de los Derechos del Hombre es la ley natural.”³³¹

³²⁶ *Ibidem*. Pág. 89.

³²⁷ LUCAS LUCAS, Ramón: *Op.Cit.* Pág. 239.

³²⁸ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 103.

³²⁹ HERVADA, Javier: *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*; *Op. Cit.* Pág. 234

³³⁰ MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1ª reimpresión 1997. Pág. 103.

³³¹ *Ibidem*: Pág. 97

2.6.3.4. La ley positiva

En cuanto a la ley humana. Ésta es el efecto de un proceso de la razón práctica que de los preceptos generales de la ley natural, deduce disposiciones particulares. “... sicut in ratione speculativa ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis producuntur conclusiones diversarum scientiarum quarum cognitio non est nobis naturaliter indita, sed per industriam rationis inventa; ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communibus et indemonstrabilibus, necesse est quod ratio humana procedat ad aliqua magis particulariter disponenda. Et istae particulares dispositiones adinventae secundum rationem humanam, dicuntur leges humanae...”³³²

Estas leyes humanas no son infalibles, porque la razón práctica no se ocupa de cuestiones especulativas y necesarias sino de lo contingente y singular. (Cfr. Sm Th. I-II q. 91, a. 3 ad tertium.)

“Entre lo natural y lo positivo hay una inescindible relación; no se entiende la prescripción positiva, si no es en relación a la natural, y de esta última recibe su racionalidad y su aptitud reguladora.”³³³

Santo Tomás habla de que las leyes positivas derivan de dos maneras de la ley natural, por vía de deducción y por vía de especificación. “... human positive law is derived from natural law and natural right –from morality’s permanent principles and precepts- in two different ways. Some laws are derived by a kind of deduction, as conclusions from principles –the substance of a just law of murder, treason, rape, fraud, or theft, por example; or the general prvision for punishment of crime. But many other laws, e.g. those stipulating penalties for specific classes of offence, are derived from morality not by deduction or conclusions, but by the process which Aquinaas identifies and names *determinatio*.”³³⁴

Lo que no significa que existán dos órdenes normativos: uno ideal y otro posible: uno natural y el otro positivo. “Es, pues, imposible que en la vida social haya dos órdenes jurídicos, el natural y el positivo, en relación a una misma parte de la realidad. Porque o son complementarios, en cuyo supuesto forman una unidad de complementariedad; o son coincidentes y entonces de lo que se trata es de que el derecho natural está asumido en el derecho positivo; o son discordantes, en cuyo caso el factor positivo no es orden jurídico, sino, en todo caso, desorden jurídico. Podrá discutirse si a pesar de ser desorden es jurídico, pero aun supuesto que sea jurídico (*dato sed non concesso*), es obvio que es desorden, llámesele como se le llame: tiranía, derecho injusto, derecho incorrecto (*unrichtiges Rect*), o de cualquier

³³² Sm. Th. I-II q. 91, a. 3

³³³ HERVADA, Javier: *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 22.

³³⁴ FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*; Op. Cit. Pág. 266-267.

otro modo. Porque lo indiscutible es que el orden natural no puede ser desorden, ni tampoco está en manos del hombre sustituirlo por un orden mejor”.³³⁵

2.6.4. La escolástica postomista:

2.6.4.1. Juan Duns Scoto (1270-1308)

Es el primer individualista. “La forma più alta dell’essere non è più l’universale ma l’individuale. L’individualismo moderno comincia con Duns Scoto la sua marcia trionfale nella coscienza moderna.”³³⁶

No es la esencia –la forma o idea- lo principal, sino el particular, el individuo. Por eso el amor es la entrega al otro y no tanto la tendencia al bien que es conocido. Duns Scoto hace predominar a la voluntad sobre la razón. “Perchè la volontà voglia alla fine un oggetto, ossia lo colga amando, è qualcosa que non si può motivare con alcun argomento della ragione... La volontà è la sola causa totale della decisione della volontà... L’atto d’amore non si può dedurre dalla ragione.”³³⁷

La voluntad, no obstante, está sujeta a la ley. La ley originada en la voluntad divina, que hizo y hace todo lo que quiere, sin estar sujeta ella misma a ninguna ley.

“... sopra Dio non sta alcuna legge superiore, è la sua volontà che crea qualsivoglia legge e perciò il suo agire, comunque egli proceda, è sempre e necessariamente giusto e ordinato.”³³⁸

La ley, de esta forma, es producto de la voluntad de Dios, no de su intelecto:

“Le leggi universali dell’agire giusto sono stabilite dalla volontà di Dio, non dall’intelletto divino, in quanto esso precede l’atto della volontà divina. Poichè in quelle leggi non si trova alcuna necessità concettuale.”³³⁹

¿Cómo se evita, entonces, la concepción de un Dios arbitrario? Con base en la bondad de Dios: “Egli è il bene (bonitas) stesso, è il solo bene che sussiste per se stesso (bonum per se). Tutti gli altri beni derivano dalla sua bontà il loro valore condizionato. Ma poichè la sua volontà è amore, egli debe necessariamente amare

³³⁵ HERVADA, Javier: *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*; Op. Cit. Pág. 25-26.

³³⁶ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 104.

³³⁷ *Ibidem.* Pág. 102.

³³⁸ *Ibidem.* Pág. 107.

³³⁹ *Ibidem.* Pág. 110.

l'essenza sua propria. L'essenza di Dio, la sua essenziale bontà, precede perciò anche la sua volontà.”³⁴⁰

Por eso, para Duns Scoto sólo hay un principio general de derecho natural: amar a Dios sobre todas las cosas; y más específicamente: la prohibición de odiar a Dios. “La giustizia di questo imperativo è una verità necessaria, ed è contenuta virtualmente nel concetto di Dio. Essa è nota per se stessa e pertanto è sottratta ad ogni errore. Nulla può essere presupposto, come più conosciuto, di questo supremo principium practicum. Tutte le altre norme dell'operare sono disposizioni contingenti della volontà divina; come Egli può agire diversamente, così può porre come giusta un'altra legge, la quale, una volta da lui posta, è giusta, dato che nessuna legge è giusta che non abbia avuto il consenso della volontà di Dio.”³⁴¹

De esta manera, para Duns Scoto no existe una ley eterna. Es eterno el legislador, no la ley. Además: todas las leyes sociales del decálogo no son preceptos de ley natural: “...ci può essere un solo precetto di diritto naturale, el divieto di odiare Dio. Tutte le norme sociali possono ammettere eccezioni, e dunque non possono appartenere al diritto naturale in senso stretto.”³⁴²

El derecho positivo no es deducción o determinación de la ley natural, sino más bien, adecuación de las normas al principio general de no odiar a Dios. “Per Duns esiste una sola genuina legge di natura, che riposa su un valore essenziale, imposta anche alla volontà di Dio: il precetto dell'amor di Dio (o meglio: il divieto dell'odio di Dio). Le norme sociali sono solamente ‘consonanti’ con questa suprema norma di natura, e perciò appartengono al diritto naturale in senso ampio. Esse hanno la loro radice in valori temporali derivati dal ben supremo, e da esso condizionati. Le norme che non riguardano nemmeno quei valori condizionati sono solo prescrizioni meramente positive (come ad es. Il divieto di mangiar dall'albero della scienza) e le azioni relative sono riprovevoli soltanto perchè sono proibite.”³⁴³

En cuanto a la conciencia errónea, Duns Scoto se decanta por la obediencia a la ley incluso cuando la conciencia le dijera otra cosa. Porque el mandato es un mandato que siempre está en consonancia con el primer principio del derecho natural, y, si son positivas, están también justificadas por la prudencia y la autoridad de quien las emitió. “... ciò significa in pratica l'obbligo de adempiere strettamente il comando dell'autorità, anche senza conoscenza della sua giustezza.”³⁴⁴

³⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 110-111.

³⁴¹ *Ibidem*. Pág. 112.

³⁴² *Ibidem*. Pág. 116.

³⁴³ *Ibidem*. Pág. 118.

³⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 119.

En consecuencia, el derecho positivo no tiene derivación del natural, sino sólo “consonancia” con la norma “di diritto naturale, dell’amor di Dios, che è la sola concettualmente necessaria. Ma se col diritto naturale stretto possono essere ‘consonanti’ molte e diverse forme e strutture social –ad esempio un ordinamento sociale può essere strutturato tanto nel senso della proprietà in comune che nel senso della proprietà privata- affinché le diverse forme sociali possano divenire diritto vigente, occorrerà una decisione dell’autorità. Col principio di consonanza il positivismo diventa parte integrante, non solo complementare del diritto naturale.”³⁴⁵

2.6.4.2. *Guillermo de Ockham (1290-1349)*

No reconoce en los conceptos relaciones con la realidad. Para él, los universales son sólo “nombres”. Por eso se le considera el padre del nominalismo. “Nella sfera ética questo concettualismo ha per conseguenza che nella azioni stesse non vi è alcuna vera e propria bontà o malvagità, che corrisponda alla legge generale; in tal modo si finisce necessariamente nel positivismo etico.”³⁴⁶

Ockham asume de Duns Scoto el voluntarismo y lo lleva al extremo: sólo porque es mandado por Dios es porque se debe hacer o evitar. La voluntad de Dios es absolutamente libre. Sin embargo, admite que no puede ser arbitraria porque Dios tiene respeto al principio de contradicción y por razón de su bondad esencial. “Per ockham non vi è in assoluto alcuna legge essenzialmente buona, ma solo un legislatore essenzialmente buono. Uno sviluppo consequenziale di questa idea avrebbe dovuto risolvere tutta l’etica materiale in una mera teoria positiva degli imperativi, trasformando tutte le norme superiori in manifestazioni di volontà della onnipotenza divina, modificabili in ogni tempo e suscettibili di essere convertite nel loro contrario.”³⁴⁷

No existen acciones determinadas por el valor, sino sólo obligaciones basadas en imperativos. “Questo positivismo morale non conosce più alcun rapporto assiologico obiettivo materiale, ma deduce tutte le differenze di valore etico dalle decisioni di un potere superiore... Se il comando o il divieto sono aboliti, l’azione perde immediatamente la sua bontà o malizia.”³⁴⁸

De ahí que no sea sorpresiva la conclusión de Ockham de que todo el derecho natural se encuentra en las sagradas escrituras. “Tutto il diritto naturale è contenuto per implícito o per esplicito nella sacra scrittura, perchè essa contiene delle regole generali solamente dalle qualli o collegandole con altre può ricavarsi che ogni diritto

³⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 120.

³⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 126.

³⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 125.

³⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 125.

naturale... è diritto divino.”³⁴⁹ Estamos, en consecuencia, ante un positivismo total, aunque sea de orden religioso. Y, por tanto, “Nessuna idea razionale dell’uomo fissa idealmente per l’eternità l’essenza del buono. Come contenuti degli imperativi divini, il bene e il male giungono all’uomo dall’esterno e dall’alto, senza avere un fondamento oggettivo nella sua natura.”³⁵⁰

2.6.4.3. Gregorio de Rimini (1300-1358)

Es el primero en señalar que el pecado se comete cuando se contraviene una disposición de la ley eterna, aún y cuando esa ley eterna no derivase de la razón Divina, sino de cualquier razón. “Poichè anche ammessa l’impossibile ipotesi che non esistesse la ragione divina, oppure che questa ragione fosse errónea, continuerebbe tuttavia a commettere peccato colui che offendesse la retta ragione degli angeli, o degli uomini, o qualche altra. E se addirittura non ci fosse alcuna ragione retta, peccherebbe ancora colui che agisce contro il dettato di qualunque ragione se ce ne fosse.”³⁵¹

El corolario es claro: los valores son independientes de Dios. Y Dios no necesariamente es el fin de todo actuar.

2.6.4.4. Los escolásticos españoles

2.6.4.4.1. Francisco de Vitoria (1492-1546)

Afirmó que Dios no puede cambiar la naturaleza de las cosas, “e perciò non dipenda da lui se una cosa è per sua natura buona o cattiva.”³⁵² Entramos al objetivismo axiológico, dejando de lado el voluntarismo ético de Ockham. Victoria, en realidad, toma pié de lo asentado por Gregorio de Rimini: los valores no tienen ninguna dependencia de Dios. Aunque éste no existiera, los valores seguirían estando ahí. Por lo tanto, la exigencia de realizarlos no se origina en la existencia de Dios, sino en el valor mismo.

2.6.4.4.2. Gabriel Vázquez (1549-1604)

Lo justo es justo por sí y por eso lo quiere Dios. No porque lo quiere Dios, es justo. “... nessun peccato è peccato –anche nel suo essere meramente possibile– perchè Dio lo conosce come peccato, ma piuttosto perchè da Dio conosciuto come peccato possibile, dato che esso è peccato per se stesso, e non per altra ragione. Anche se l’intelletto divino possa essere il criterio di tutto il giusto, esso tuttavia non

³⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 129.

³⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 130.

³⁵¹ *Ibidem*. Pág. 139.

³⁵² *Ibidem*. Pág. 141.

è la prima radice e il fondamento della proibizione, da cui procede la malizia dell'azione, perchè, ammessa l'ipotesi impossibile che Dio non giudicasse in tal modo e restasse in noi l'uso della ragione, il peccato rimarrebbe, anche perchè qualcosa non è già peccato perchè è intesa come tale da Dio, ma piuttosto è vero il contrario. Nè la volontà di Dio nè la ragione di Dio sono il criterio primo del bene e del male, ma qualcosa che precede entrambe, volontà e ragione (*quid prius*), e cioè la natura stessa delle cose.”³⁵³

En consecuencia, el derecho natural será la naturaleza racional del hombre. Y con ello se abre el camino para la secularización del derecho natural.

2.6.4.4.3. Francisco Suárez: (1548-1617)

“La sua celebre tesi: se il diritto naturale deve solo indicare la malizia che sta negli oggetti, dovrebbe avere la stessa forza di legge, anche se Dio nos esistesse o fosse irragionevole o giudicasse ingiustamente.”³⁵⁴

Suárez también afirma la objetividad de los valores: lo malo es en sí, y no porque Dios lo prohíba. “La voluntad di Dio aggiunge al bene o al male già esistenti di per sè solo lo speciale obbligo della legge divina.”³⁵⁵

“... la struttura razionalistica del diritto naturale nella tarda scolastica viene accentuata ancor più che in Tommaso, perchè anche le conclusioni remote vengono incluse nel diritto naturale vero e proprio. Tommaso invero aveva attribuito il carattere della validità universale e della immutabilità solamente ai supremi ‘prima principia communissima’, non alle conclusioni tratte da essi. Ciò è negato dalla tarda scolastica.”³⁵⁶

“*Los primeros principios prácticos ‘universalmente reconocidos’ no son principios morales...* Una lectura errada de Tomás de Aquino, muy frecuente, impulsada por las principales corrientes del escolasticismo post-renacentista, trata las orientaciones de las *sindéresis*... como principios morales ya cristalizados... Esta interpretación encuentra cierto apoyo en la terminología de pasajes ocasionales (*e.g.* *S.T.*, II-II, a. 122, a. 1c). Pero deja sin sentido la noción de *prudentia* de Tomás de Aquino, reduciéndola a una mera habilidad para juzgar cuándo es aplicable dicha regla moral cristalizada, operando con ‘argumentos’ banales del tipo ‘el asesinato es incorrecto; esto es un acto de asesinato; por tanto, este acto es incorrecto y no debe ser hecho’. La capacidad de producir tales argumentos no podría merecer jamás la preeminente dignidad de estatus que Tomás de Aquino asigna a la *prudentia*... Sobre todo, esta teoría neo-escolástica no toma en cuenta la repetida enseñanza de Tomás de Aquino

³⁵³ *Ibidem*. Pág. 142-143.

³⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 144.

³⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 145.

³⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 145.

de que los primeros principios de la acción humana son fines (latín: *fines*), de manera que un hombre no puede razonar correctamente en los asuntos prácticos, *i.e.* no puede tener *prudentia*, a menos que esté bien dispuesto hacia esos fines últimos...³⁵⁷

2.6.5. El derecho natural racionalista:

Con la reforma protestante y el desarrollo del método científico de Galileo y Descartes, los pensadores tienen las herramientas intelectuales y las motivaciones históricas para desarrollar un derecho natural alejado de la “*recta ratio*” aristotélico-tomista, y fundarlo en la razón como captación clara y distinta de la realidad. Y, además, teorizar, al margen de la teología, para llegar a un derecho que, en su consideración, valiera realmente, no sólo en los principios primeros, sino también en las conclusiones, para todos, arrinconando la reflexión teológica a los seminarios.

“La tradición del racionalismo complementado por el voluntarismo. Esa tradición se presentaba a sí misma como la tradición clásica o central de la reflexión sobre la ley natural, pero en verdad era peculiar del escolasticismo tardío. Era atractiva para los no católicos (como Grocio, Culverwel, y Clarke), quienes adoptaron sus conceptos principales en buena medida por sus fuertes semejanzas verbales y conceptuales con el estoicismo tan admirado en la cultura europea desde el Renacimiento hasta fines del siglo dieciocho.”³⁵⁸

La doctrina de la corrupción del hombre después del pecado dio también un impulso considerable a las nuevas ideas sobre el Estado. El hombre no es bueno por naturaleza. Al contrario, es agresivo y egoísta. La función del estado será la de preservar el orden contra todas estas tendencias aniquiladoras de los seres humanos.

Aunque el iusnaturalismo racionalista tiene más de positivismo que de iusnaturalismo, se refiere a un estado de naturaleza del hombre en el que no existían normas, sino la libertad absoluta. Es la concepción del derecho como represor: las normas vienen a limitar la libertad de la que gozaba el ser humano en su estado natural. Y que, sin embargo, resultan necesarias para que los hombres no se destruyan entre sí. En un pacto universal –sólo como petición de principio y sin que exista evidencia alguna de ello- deciden ceder su soberanía individual a un ente capaz de ordenarlos: el Estado.

El contractualismo racionalista cae dentro de la clasificación del iusnaturalismo sólo por el hecho de justificar al derecho en ese origen imaginario del estado de naturaleza del hombre. Sin embargo, una vez que la “voluntad general” roussoniana se personifica en el Estado, es éste el hacedor del derecho y nada tiene que ver con los principios del bien obrar. Por eso, más que iusnaturalismo, el

³⁵⁷ FINNIS, John: *La Ley Natural y Derechos Naturales*, Op. Cit. pág. 83-84.

³⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 79

contractualismo es un positivismo que justifica los regímenes absolutistas de la época.

2.6.5.1. Tomás Hobbes (1588-1679)

“... La sua idea centrale, nel campo della filosofia del diritto, quella per cui egli rimane unico nella storia della dottrina del diritto naturale, è cioè la dimostrazione che compito principale del diritto non è di creare un ordinamento ideale, bensì un ordinamento reale. Il momento della realtà del diritto, sempre trascurato dai giusnaturalisti a scapito del diritto, è l'autentico motore del suo pensiero.”³⁵⁹

Hobbes considera que el mal de los hombres está en las diferencias religiosas e ideológicas. Éstas han provocado las guerras más espantosas e insufribles. Por eso, busca un derecho que no sólo en los principios comunes, sino en las particularidades, sea capaz de evitar las calamidades de las guerras. “... non la polémica, ma già la mancanza di accordo è causa di odio; chi non è d'accordo fa all'altro il tacito rimprovero di essere in errore, che è per l'uomo insopportabile. A prova di ciò Hobbes rinvia all'asprezza delle guerre civil e di religione. Tutte le dottrine trascendenti del diritto naturale non solo sono fallite nell'intento di creare un ordinamento effettivo, ma hanno minato gli ordinamenti positivi esistenti, per la relativizzazione della loro forza obliante.”³⁶⁰

La seguridad jurídica es la piedra de fulcro de las ideas jurídicas de Hobbes. El hombre en el estado de naturaleza no tiene esa seguridad. Vive en el temor de ser aniquilado por los más fuertes. Por lo tanto, necesita que el Estado lo proteja y le dé la certeza de que podrá vivir en paz. “L'idea di Hobbes non è di fare calare dal cielo la giustizia eterna, ma soltanto di costruire in terra un ordinamento reale, che almeno assicuri l'esistenza di tutti. Perciò egli vede il primo compito della filosofia del diritto nello stabilire le condizioni, sotto le quali può essere bandito il caos dello stato pregiuridico, che sempre e dappertutto minaccia.”³⁶¹

El Estado será, para Hobbes, el guardián de los individuos, que prefieren someterse a la autoridad a ser destrozados por sus congéneres. “... il più alto bene dell'uomo è l'autoconservazione; e perciò la tutela è l'unico fine d'obbedienza. *Oboedientiae finis est protectio*. Il rapporto reciproco fra obbedienza e tutela (*the mutual relation between Protection and Obedience*), è il fondamento del sistema del diritto naturale di Hobbes. ‘Il dovere di obbedire allo Stato dura sino a quando esso ha la forza di tutelare il cittadino e non un attimo oltre’.”³⁶²

³⁵⁹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 172-173.

³⁶⁰ *Ibidem.* Pág. 173-174.

³⁶¹ *Ibidem.* Pág. 174.

³⁶² *Ibidem.* Pág. 176-177.

¿Cómo deba ser el contenido de las órdenes y/o leyes en un Estado para cumplir tal fin? Es algo que depende exclusivamente de la voluntad del soberano. “Perciò tutto ciò che il legislatore prescrive deve essere ritenuto per buono, e tutto ciò che egli vieta, per cattivo. El criterio del bene e del male, del giusto e dell’ingiusto risiede non in verità eterne, ma nella decisione di volontà del potere político. *Auctoritas non veritas facit legem.*”³⁶³

En el Decálogo, Dios dio la ley como rey de los hebreos, no como legislador eterno al modo tomista. El gobernante debe imitar a este rey. De esta forma, Hobbes, por referencia a la Sagrada Escritura, llega a controlar al soberano. Teóricamente, por la *potentia absoluta* en Dios, según concepto de Scoto, no hay límite en la voluntad divina. Lo mismo, sucede con el soberano. Sin embargo, en virtud de la *potentia ordinata* de la bondad de Dios que no quiere el mal ni el arbitrio, también el soberano ha de gobernar con bondad. “L’obbligo, che Hobbes impone al sovrano, di ‘imitare’ il secondo comandamento del Decalogo non significa qui altro se non che il sovrano deve esercitare la sua *potentia absoluta* secondo le regole della *potentia ordinata*. Come per fugare ogni dubbio, Hobbes mette in rilievo che spetta ai doveri del sovrano di fare leggi *buone*. Per ‘buone’ leggi (*bonae leges*) egli intende qualcosa di diverso da leggi giuste (*justae leges*): perchè nessuna legge può essere ingiusta, ma solo cattiva...

“Per Hobbes la *bonitas legis* consiste nel fatto che la legge regola incondizionatamente ciò che è necesario per il bene del popolo. La *salus rei publicae* sta nella identità del bene del sovrano e del bene del popolo.”³⁶⁴

2.6.5.2. Hugo Grocio (1583-1645)

Considera que la razón es la fuente del conocimiento de las verdades de la vida social. Éstas lo son tan racionales como los principios matemáticos. Grocio afirma que se debe actuar siempre conforme a la razón, que es superior a los instintos. “... la ragione umana... possiede la forza di riconoscere ciò che è utile e ciò che è dannoso per il presente come per il futuro; l’adeguarsi a questa decisione della ragione corrisponde alla natura razionale dell’uomo in generale, non alla sua natura sociale. Grozio chiama diritto naturale in senso stretto la concordanza con la natura razionale come tale.”³⁶⁵

Las determinaciones del derecho natural son válidas aún en el caso de que Dios no existiera, porque se trata de verdades eternas, al mismo modo de las verdades matemáticas. “Esse, in effetto, riguardano verità eterne, allo stesso modo dei principio della matematica. Dato che esse non esprimono alcuna cosa esistente, ma qualcosa di puramente concettuale, soggetta solo al principio di contradizione,

³⁶³ *Ibidem*. Pág. 178-179.

³⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 180-181.

³⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 189.

nemmeno Dios le può mutare; allo stesso modo che egli non può far che due per due non siano quattro, così egli non può fare che sia buono ciò che per la sua intima natura è cattivo.”³⁶⁶

Grozio sostiene que el derecho natural se deduce de la naturaleza racional del hombre. Pero esta deducción, si bien la más segura, no es la más fácil ni la más generalizada, porque sólo pocos la pueden realizar. Por eso, una deducción más generalizada es la que se hace de la experiencia común de los pueblos. “... è il metodo secondario (o a posteriori), quello di giungere al diritto naturale dalla comune convinzione giuridica di tutti i popoli, o almeno di tutti i popoli civili. La giustificazione di questo metodo riposa sull’idea che un effetto generale deve avere una causa generale. Con Cicerone, Grozio riconosce nel ‘consenso di tutti’ la ‘voce della natura’.”³⁶⁷ Grocio, al final de cuentas, sigue la teoría estoica de la primera y segunda naturaleza del hombre. “Secondo questa perde di rilievo la prima (o a priori) argomentazione giusnaturalistica, ossia la deduzione del diritto natural dalla concordanza con la natura razionale e sociale dell’uomo. Certamente solo quella, come Grozio ritiene, porta a risultati interamente sicuri, ma è però ‘sottile’.”³⁶⁸

2.6.5.3. Samuel Pufendorf (1632-1694)

Convierte el derecho natural, en derecho de la cultura “come totalità delle norme che obbligano gli uomini a coltivare la loro natura biologica, a superare il ‘naturalis incultus’.”³⁶⁹ Es la diferencia entre “entes físicos” y “entes morales”. Estos últimos se distinguen de los primeros en la libertad. “Presupposto del mondo spirituale (degli *entia moralia*) è la libertà della volontà umana. Mentre tutti gli avvenimenti estraumani e in parte anche umani seguono la legge uniforme e immutabile della causalità, l’atto umano, in quanto prende origine dalla ragione e dalla volontà, ha un altro modo di determinazione, la determinazione attraverso la libertà.”³⁷⁰

Por eso la característica de los *entia physica* es la uniformidad; la de los *entia moralia*, la multiformidad. “Il fatto fisico soggiace a un modi di avverarsi uniforme (*uniformis agendis modus*), mentre l’azione libera si può dirigere verso le direzioni più varie.”³⁷¹ Así también, en el mundo físico prevalece la ley de la causalidad; en el moral, la libertad.

³⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 190.

³⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 193.

³⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 193.

³⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 198.

³⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 199.

³⁷¹ *Ibidem*. Pág. 200.

Pufendorf distingue entre derecho natural y religión natural. “L’intima essenza della religione va nettamente distinta dalla mera etica. L’etica si limita a fondare la vita terrena, e si divide in teoría del diritto naturale, di cui sono oggetto di massima le azioni *esterne* degli uomini tra loro, e in religione naturale, che considera il rapporto tra l’uomo e Dio come creatore, signore e legislatore del mondo, e perciò considera anche il comportamento *interno* dell’uomo verso le leggi naturali.”³⁷²

Pufendorf niega que existan conductas *per se* buenas o malas. La valoración de las conductas se da o está en relación al hombre. “Non si dà buono e cattivo in sè... ma solo in riferimento a un soggetto, le cui azioni possano essere buone o cattive, e questo soggetto è l’uomo.”³⁷³

El principio fundamental del derecho natural no puede, pues, derivarse de la naturaleza de las cosas, ni siquiera de la racionalidad del ser humano, porque éste es una creación contingente de la voluntad de Dios, sino de la observación y de la experiencia. Pufendorf “sottolinea espressamente che il suo supremo principio di diritto naturale non è un assioma immediatamente evidente, ma viene derivato dalle osservazioni che offre la natura dell’uomo e delle cose, e che non possono essere messe in dubbio da un uomo che sia con i sensi in regola. Egli lo paragona alle ipotesi della scienza naturale, como l’ipotesi copernicana, le quali ipotesi avrebbero il compito di chiarire le apparenze e non sarebbero esse stesse delle mere finzioni, ma riposano su osservazioni e prove sicure.”³⁷⁴

El principio supremo del derecho natural lo determina Pufendorf en la “*imbecilitas*” (debilidad del ser humano). Por lo tanto, tiene la necesidad, para sobrevivir, de asociarse. El principio de la *socialitas* es la característica de la humanidad. La *socialitas* no es un principio jurídico; es formal. Pufendorf abría así el camino para que se pudiera armar y sistematizar una legislación “profana”, sin relación alguna con la divinidad.

De la concepción fundamental de Pufendorf: la libertad del ser humano y la necesidad que tiene de sociabilizar, se resalta la igualdad entre todos los individuos y la dignidad personal. Las ideas de Pufendorf, a este respecto, fueron la base de las declaraciones de los derechos del hombre, tanto en Estados Unidos como en Francia. “Proprio qui sta il pregio più alto dell’uomo (dignatio), nel fatto cioè che egli possiede un’anima immortale, che è dotata della luce della ragione, del potere di distinguere e scegliere, ed è esperta in molteplici arti. Già nel semplice nome di uomo vi è una dignità. E poichè essa spetta egualmente ad ogni uomo, ogni uomo è per natura uguale all’altro. Questa eguaglianza naturale non è eguaglianza di capacità, come intendeva Hobbes, ma eguaglianza in diritto, fondata sul fatto che il

³⁷² *Ibidem*. Pág. 204-205.

³⁷³ *Ibidem*. Pág. 206.

³⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 207-208.

dovere della socialità vincola in pari modo tutti gli uomini: poichè essa è connessa alla natura umana come tale. Perciò Pufendorf respinge decisamente la dottrina aristotelica dello schiavo per natura...”³⁷⁵

“... Pufendorf ha sottolineato con parole così energiche l’idea della dignità dell’uomo, come essere morale-libero, facendone il cardine del suo sistema di diritto naturale, e da essa ha derivato quelle idee dei diritti dell’uomo e della libertà, che furono determinante per il secolo successivo.”³⁷⁶

2.6.5.4. Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)

El estado de naturaleza roussoniano no es el de todos contra todos, como decía Hobbes. Es simplemente el estado de egoísmo: cada individuo quiere para sí lo que considera como apropiado y bueno para él, independientemente de los otros. En lo que coincide con Hobbes, es en el poder y soberanía del Estado. “Aunque per Rousseau la volontà dello Stato, la *volonté générale*, è senz’altro onnipotente. L’ingresso nello Stato significa per l’individuo ‘il suo risolversi completo, con tutti i suoi diritti, nella comunità..., senza riserve..., e senza che abbia alcunchè a pretendere’.”³⁷⁷

Jacques Maritain dice, a este respecto: “... Rousseau, que no era un demócrata, ha introducido en las democracias modernas nacientes una noción de la Soberanía que era destructiva de la democracia y tendía hacia el Estado totalitario; porque, en vez de acabar con la noción del poder separado y transcendente de los reyes absolutos, ha exaltado, por el contrario, ese poder de mala ley hasta un grado sorprendente de absolutismo, a fin de hacérselo presente al pueblo...”

“... Cuando el príncipe le ha dicho: es conveniente al Estado que tú mueras, él debe morir, pues sólo con esta condición ha vivido seguro hasta entonces y su vida no es sólo un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional de Estado” (citando El Contrato Social, de Jacques Rousseau).³⁷⁸

Sin embargo, en la interpretación de Welzel, “el totalitarismo” rousseauniano tiene por objeto, aunque parezca incongruencia, la libertad del individuo. “Egli fonda l’istituzione protettiva dello Stato non già per vanificare, ma per garantire la libertà dell’individuo.”³⁷⁹ El estado no es un tirano arbitrario, en la concepción de Rousseau. Es, por lo menos así lo pretende, un estado que usa siempre su poder

³⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 210-211.

³⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 211.

³⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 235.

³⁷⁸ MARITAIN, Jacques: *Op. Cit.* Pág. 59.

³⁷⁹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 236.

absoluto en beneficio de todos los individuos a los que rige, y que, por lo tanto, actúa siempre en modo justo.

¿Qué entiende Rousseau por justicia? El interés general expresado en la “voluntad general”. Siempre que el interés particular esté dentro de los márgenes del interés general, habrá justicia. “Il carattere comune di un interesse è quello che rende possibile ad ogni cittadino di perseguire l’interesse suo proprio, perseguitando l’interesse della comunità. Ogniqualevolta l’individuo opera così, opera in accordo con la *volonté générale*. Solo se egli pretende per sé un vantaggio singolare, ossia un interesse che non partecipa dell’interesse comune, la sua volontà cessa dal corrispondere con la *volonté générale* e si converte in *volonté particulière*... Ne consegue il principio della giustizia esistenziale permanente della volontà generale. La volontà generale è sempre giusta, perchè comprende l’interesse proporzionalmente comune per tutti i cittadini, per modo che ogni individuo, nel perseguir l’interesse comune, persegue il suo interesse proprio, e perseguitando l’interesse proprio persegue quello comune.”³⁸⁰

En consecuencia, si la justicia radica en el interés común, y el Estado es el que busca y promueve ese interés común a través de las leyes, no importará el contenido de éstas, ni si hay valores objetivos o no. Lo único realmente importante es “se un interesse è comune per modo che ogni singolo, quando esso si presenta como tale, lo riconosce parimenti como proprio, esso è necessariamente, solo in virtù di questa uguale comunanza, anche giusto quanto al suo contenuto, anche se esso dal punto di vista oggettivo-trascendente della giustizia materiale non è un vero interesse. Ciò significa che per la giustizia di un regolamento legislativo importa solamente l’osservanza della uguale comunanza del suo oggetto, non la bontà oggettiva del suo contenuto.”³⁸¹

El interés común es lo que hace que algo sea justo. No al revés. Por lo tanto, queda del todo obsoleta la trascendencia.

Ahora bien, ¿quién forma la voluntad general? La mayoría: “Dal compito dei voti si ricava la dimostrazione della volontà generale. Quando, per tal modo, la mia opinione cede all’opinione contraria, ciò non prova altro se non che io mi ero ingannato, e che ciò io ritenevo essere volontà generale non lo era.”³⁸²

2.6.6. Época actual

Para Welzel, el siglo dieciocho fue el siglo de mayor influencia del derecho natatural: “Il secolo diciottesimo fu el secloco del diritto naturale. Il seme che avevano deposto gli uomini del seicento portò ai loro nepoti molteplici frutti: il

³⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 237-238.

³⁸¹ *Ibidem*. Pág. 238.

³⁸² *Ibidem*. Pág. 240-241.

diritto naturale assurse a forza strutturante della vita sociale: celebrò il suo trionfo nelle dichiarazioni americana e francese dei diritti dell'uomo, penetrò le codificazioni austriaca, prussiana e francese, dominio la coscienza giuridica e sociale del tempo.”³⁸³

Sólo hay que precisar, que ese derecho natural, predominante en el siglo XVIII, no fue el correspondiente a la teoría clásica o tomista, sino el de los contractualistas, que, como ya quedó indicado, tiene más de derecho positivo que de derecho natural. Por lo que no fue para nada traumático que en el siglo XIX y primera mitad del XX se incrustara en todos los entresijos políticos y ambientes culturales, el positivismo, con todos sus caracteres ya indicados, enriquecido por las teorías neokantianas del derecho.

Como la realización de la justicia es una exigencia inherente al ser humano, por muchos y brillantes exponentes y defensores que ha tenido el positivismo, y que todavía en muchas latitudes, tiene la teoría kelseniana, en la segunda mitad del siglo pasado y en lo que va del presente se ha sentido una acuciante exigencia revisionista en torno a la naturaleza del derecho.

La sentida demanda, en todos los estratos sociales, especialmente en los más débiles, por los derechos humanos, ha originado un repensamiento en torno a lo que es el derecho y a lo que debe ser el sistema jurídico. Curiosamente, han sido, principalmente, pensadores anglosajones y germanos los que han marcado pauta para desmitificar el formalismo kelseniano, y sugerir vías de reflexión que lleven a una concepción, quizás más compleja, pero menos parcial, de lo que es el derecho, y de las exigencias de la persona humana en torno a la protección de los derechos fundamentales y, finalmente, de la justicia.

“La situación que Hans Welzel describe se acentuó durante la época del nazismo, cuyos horrores, concluida la Segunda Guerra Mundial, provocaron en los juristas alemanes, frente al positivismo jurídico, una actitud de abierta desconfianza y, a veces, de repudio. Las espantosas experiencias de esa época, dice Welzel, ‘pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad al *derecho*, pues no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora’... El viraje se produjo también entre los jueces, por lo que Welzel puede citar en su opúsculo sentencias de tribunales de Frankfurt y Wiesbaden en que se afirma, por ejemplo, que una ley que autoriza que los bienes de un particular sean expropiados sin indemnización, es contraria al derecho natural y, por ende, inválida”³⁸⁴.

“The idea of natural law, which has enjoyed one of the longest tenures of any idea in the history of moral and political philosophy, is currently in the midst of one of its periodic resurrections from seeming obsolescence. The

³⁸³ *Ibidem*. Pág. 245.

³⁸⁴ GARCÍA MÁYNEZ, *Op. Cit.* Pág. 128.

origin of this recent revival may be traced to the aftermath of World War II, when philosophers such as Jacques Maritain turned to the natural law as a rational basis for condemning the Holocaust and articulating a moral framework capable of defending human dignity against future violations. Maritain's natural law theory, the so-called New Natural Law propounded by Germain Grisez and John Finnis (among others), which has attracted both powerful supporters and vehement critics."³⁸⁵

Algunos autores sostienen la continuidad-compatibilidad de las teorías modernas con las doctrinas iusnaturalistas de la antigüedad y medioevo. "Maritain argued that natural rights and the natural law were compatible with one another and formed complementary part of a single natural moral framework, with the modern idea of natural rights being derived directly from a constituting a kind of corollary to the medieval idea of the natural law. The idea of natural rights represented a logical outgrowth of the idea of the natural law, providing a way of expressing certain conditions necessary to living the good life illumined by de natural law... For Maritain the history of moral and political philosophy is a story of gradual and progressive 'evolution'."³⁸⁶

Otros consideran que ni hay continuidad ni compatibilidad entre las concepciones actuales de los derechos naturales con las teorías iusnaturalistas medievales o antiguas. Leo "Strauss... argued that 'classic antural right', fo which the idea of the natural law is a particular variation, is profoundly incompatible with 'modern natural right', expressed in terms of subjective natural rights possessed by individual. Hobbes and Locke, for Strauss, effected a revolution in the history of ideas and marked a sort of 'Copernican moment' by inventing a new idea of natural rights that entailed a rejection of preceding expressions of objective natural moral foundations in the medieval an ancient periods... For Strauss, this history is a pitched battle between mutually exclusive alternatives."³⁸⁷

Finalmente, Seagrave opina que efectivamente no hay continuidad entre las doctrinas antiguas y medievales del iusnaturalismo con las modernas de los derechos humanos. Pero que no por eso, deja de existir compatibilidad entre ambas. "This account agrees with the Straussian assertion of a historical discontinuity between ancient/medieval and modern versions of natural right while nevertheless denying that this discontinuity is accompanied by an incompatibility or inevitable tension between the two. The modern idea of natural rights is indeed a distinctively modern one, in no way growing out of or deriving from preceding ideas of natural law. Not all new ideas, however, are incompatible with old ones."³⁸⁸

³⁸⁵ SEAGRAVE S., *The Foundations of Naturaly Morality*; The University of Chicago Press, 2014. Pág. 1.

³⁸⁶ SEAGRAVE S., Adam: *Op. Cit.* Pág. 2.

³⁸⁷ *Ibidem.* Pág. 2

³⁸⁸ *Ibidem.* Pág. 2-3.

2.7. EVOLUCIÓN DEL IUSPOSITIVISMO

“Il positivismo è la riduzione della ragione, che intende e conferisce senso, all’intelletto tecnico-strumentale, orientato verso l’immediata esistenza. Nel positivismo l’umanità, secondo la dottrina dei tre stadi elaborati da Augusto Comte, passa dallo stadio metafisico allo stadio scientifico, in quanto si limita a ciò che si può accertare con l’osservazione empirica stessa. La limitazione ‘ai fatti, a quanto è realmente esistente’ significava, per la teoria del diritto, ‘occuparsi esclusivamente del diritto positivo’, come il diritto cui ‘un potere competente a formare il diritto conferisce qualità di diritto... mediante un procedimento idoneo esternamente apprezzabile’. Il valore di questo diritto non interessa. ‘L’esistenza del diritto è *una* cosa, il suo valore o disvalore un’*altra*... Una legge che effettivamente esiste è una legge, per quanto desti la nostra disapprovazione’. Solamente il suo funzionamento nella realtà è decisivo. ‘Solo ciò che funziona come diritto è diritto, e nient’altro; e *tutto questo è diritto senza eccezione*’. Solo questo ‘rigido concetto del diritto’ premunisce il giudice da difficoltà senza uscita; perchè ‘quando egli non si pone tutto ed intero su questo angolo visuale, cioè che diritto è solo il diritto positivo, quale che sia il suo tenore..., egli cade in penose contraddizioni’. Contro il mero fatto del diritto positivo non ci sono verità di ragione: ‘Non esiste in generale nessuna verità oggettiva, come risultato del pensiero filosofico, nel campo del diritto, ma solo una rappresentazione incerta e un’eco, se non di una immaginazione *artistica*, almeno di un sentimento morale soggettivo, di considerazioni razionali, di tendenze politiche, etc. Al massimo si tratta di modi contingenti di vedere e di sentire, per parte dei maggiori gruppi umani, relativamente a un ordinamento ideale della vita comune, di *qualche* pubblica opinione, e niente di più. In altre parole, non interessa quale contenuto di pensiero si dia al preteso diritto non positivo, e quale posto si assegni a questo contenuto, da un qualsiasi punto di vista, fra le ‘idee’, nelle quali è compresa l’intera gamma, dalle idee fisse di un visionario fino alle idee epocali d’un uomo di genio, alle fantasie ridicole d’un riformatore politico fino al convincimento delle grandi nazioni circa la loro missione storica; ogni diritto al di fuori di quello positivo è come diritto, un nonsenso’.”³⁸⁹

El iuspositivismo, de acuerdo a lo expuesto en relación al desarrollo de las teorías iusnaturalistas, nace, paradójicamente, de éstas. La secularización del derecho natural, primero; y después la positividad de las leyes, sin relación al orden moral, se desprenden de las ideas que fueron exponiendo los diversos filósofos y teólogos, tanto de la antigüedad como del Medioevo y renacimiento.

Es difícil determinar, en esta corriente de continuidad, quién fue el primer positivista. Hobbes y Rosseau podrían serlo, pero todavía parten de un principio natural. Por eso, y en el sentido en que he circunscrito el positivismo, al principio de este capítulo (desvinculamiento de la moral), me atrevo a señalar a Tomasio, como el primer positivista de la era moderna.

³⁸⁹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 278-279, citando a Bergbohm Karl.

En el siglo XIX y primera mitad del siglo XX, y todavía después en muchos países iberoamericanos, el positivismo sigue siendo el estandarte del derecho. Como lo sostiene Welzel: “Il positivismo... è riuscito a imporre il suo ‘rigido concetto del diritto’: per molte generazioni di giuristi è valso, come ‘verità inoppugnabile, che la forza del diritto (o, secondo altre terminologie, il legislatore, lo Stato, il potere sovrano) può imporre qualsiasi principio giuridico’, anche quello assolutamente immorale.”³⁹⁰

Para entender este predominio “cultural” del positivismo a lo largo del siglo diecinueve y gran parte del veinte y, como he dicho, también del presente siglo en muchos ámbitos jurídicos, conviene también presentar a los pensadores que marcaron huella en este, por décadas, avasallamiento conceptual de derecho.

2.7.1. Cristián Tomasio (1655-1728)

Sigue a Pufendorf y sostiene una clara e inequívoca distinción entre normas morales y normas de derecho. Con lo cual hace que el derecho natural pierda el carácter de derecho. “Il concetto di legge in senso stretto appartiene solo alla legge positiva. Da queste posizioni erronee dei suoi predecessori dipende non solo che si sia mancato di distinguere l’obbligazione interna (*obligatio interna*) dall’obbligo esterno (*obligatio externa*), ma anche si sia considerata la prima quasi esclusivamente come l’unica obbligazione. Invece, senza una netta separazione dei due doveri non può operarsi la distinzione fra diritto (*justum*), moral (*honestum*) e costume (*decorum*).”³⁹¹

Tomasio, siguiendo su lógica, deriva una obligación externa para el derecho; y sólo interna, para la moral: “Il diritto impone un obbligo esterno, basato sul timore della costrizione da parte di altri uomini. Moralità (*honestum*) e costume (*decorum*) obbligano solo internamente. ‘Ne consegue: ciò che l’uomo fa per obbligo interno o in obbedienza alle regole della moralità e degli usi sociali, è in generale governato dalla virtù, e in riguardo a ciò l’uomo viene chiamato virtuoso, non giusto; quanto egli fa in ossequio alle norme del diritto o per obbligo esterno, è governato dalla giustizia, e per le azioni di questa specie si è chiamati giusti’. L’obbligo intero è un obbligo di coscienza, l’obbligo esterno è un obbligo coattivo, che riposa sul timore della coazione per parte di altri uomini.”³⁹²

La ley natural queda reducida, en la concepción de Tomasio, a una recomendación sin carga obligatoria. Por lo tanto, pierde totalmente el carácter de derecho. Como él mismo lo dice: “Guardati dal credere che la legge naturale e quella positiva, la legge divina e quella umana, siano specie dello stesso genere; la legge

³⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 281-282.

³⁹¹ WELZEL, Hans: *Op. Cit.* Pág. 247.

³⁹² *Ibidem*. Pág. 248.

naturale e quella divina appartengono più ai consigli che ai comandi, mentre la legge umana può essere intesa in senso proprio solamente come norma imperativa.”³⁹³

Tomasio sostiene, además, que sólo es derecho lo que puede ser positivado. El derecho natural no puede ser puesto en normas codificadas; luego, no es derecho. “Solo l’ordinamento, che ha il potere di plasmare la realtà, è diritto, e l’ordinamento, che tale forza non possiede, non soddisfa a questo elementarissimo presupposto del concetto del diritto.”³⁹⁴

2.7.2. Emanuel Kant (1724-1804)

Para Kant no puede deducirse ninguna ley del ser, de la naturaleza. “Nessuna legge, che comporti necessità assoluta può essere dedotta dalla conoscenza della natura umana, che noi possiamo avere solo dalla esperienza. Il fondamento della obbligatorietà delle leggi morali non può ‘essere ricercato nella natura dell’uomo o nelle circostanze del mondo..., ma può essere ritrovato solo a priori nei concetti della ragion pura; ogni altra prescrizione, che si fondi sui principi della semplice esperienza, ed anche una prescrizione che sia, sotto un certo aspetto, di ordine generale, in quanto anche in minima parte, e forse addirittura per un solo motivo, si fondi su basi empiriche, potrà essere una regola pratica, ma non potrà mai essere chiamata legge morale’.”³⁹⁵

La razón de Kant para desacreditar todo lo que sea empírico, con relación a la ética, es su afán de pureza moral. Lo empírico sólo provoca la inclinación de los instintos y el egoísmo. Por eso, si el hombre quiere ser ético, debe regirse sólo por el principio trascendente de la subjetividad absoluta: elevar a máxima universal tu voluntad de actuar en una determinada manera. De esta forma, la voluntad queda desvinculada de los acontecimientos, de las circunstancias, de las motivaciones pasionales del hombre. “Quello che è empirico non solo è anche altamente nocivo alla purezza dei costumi’. Il principio dell’agire morale ‘debe essere interamente libero da ogni influenza di motivi occasionali, che solo l’esperienza può fornire.”³⁹⁶

Con Kant, “l’autonomia morale dell’individuo diventa ‘la legge fondamentale del mondo morale’.”³⁹⁷ Es el imperativo categórico.

Kant afirmó la distinción entre derecho y moral y puso “fine all’antica dottrina moraleggiante del diritto.”³⁹⁸ Pero la diferenciación kantiana no se establece

³⁹³ *Ibidem*. Pág. 249, citando *Fundamenta juris naturae et gentium*, de Tomasio.

³⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 249.

³⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 253.

³⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 254.

³⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 255.

³⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 250.

en la coacción. “Diritto e morale si distinguono piuttosto solo perchè il diritto si deve contentare dell’adempimento dei suoi precetti con la legalità, mentre la morale deve pretendere non solo l’esecuzione esterna ma anche la moralità, cioè che si agisca in virtù del dovere.”³⁹⁹

La distinción no está en que el derecho es externo y la moral, interna; o en que la coacción es propia del derecho y no de la moral. Kant afirma que lo esencial y lo que hace diferente a uno y otra es que en la moral la obligación es el sólo y único motivo para el cumplimiento de la norma; mientras, que en el derecho, existen otros motivos: la coacción, entre ellos. “Diritto e morale, perciò, secondo Kant, non si distinguono per l’oggetto del dovere –nel senso che la morale abbia per oggetto solo il comportamento ‘interno’ –nè per il modo con cui obbligano- come se in qualche modo il diritto imponga una obbligazione soltanto coatta- ma perchè ‘la morale fa dell’obbligo un movente’, mentre il diritto ‘ammette anche altri moventi diversi dall’idea di dovere’.”⁴⁰⁰

Las ideas morales de Kant mas que su concepción del derecho son las que lo convirtieron en el padre del positivismo moderno. Sus discípulos (neokantismo: Rodolfo Stammler) explotaron la diferencia entre moral y derecho; interioridad y exterioridad; obligación y coacción.

La “interpretazione neokantiana dell ‘obbligo giuridico’. In consapevole opposizione alla tradizione giusnaturalistica fino a Pufendorf, a partire da Cristiano Tomasio il concetto dell’obbligo giuridico, come un obbligo ‘esterno’ o ‘obbligo coatto’ era stato separato dal concetto dell’obbligo ‘interno o di coscienza’ della morale, e si era ritenuto di potere trovare tale distinzione nello stesso Kant. Per tal modo il concetto di obbligo coattivo era penetrato nella opinione giuridica generale, del XIX secolo, specialmente nel positivismo. Tuttavia in quel concetto si avverte una contraddizione in *adiecto*: la coazione costringe, ma non obliga; l’obbligo deriva da una sfera diversa da quella della coazione. Tale contraddizione è stata eliminata, per la prima volta, dal neokantismo; come scrive Julius Binder: ‘le norme della morale scaturiscono dalla coscienza ed *obbligano* in virtù di essa; poichè obbligazione non è altro che la coscienza di dovere obbedire alla norma, il che noi chiamiamo anche consapevolezza. I precetti dell’ordinamento giuridico si impongono attraverso la coazione esterna dello Stato, scaturiscono da una autorità esterna, e perciò la loro forza obbligatoria, la loro validità, non dipendono dal fatto che io, nella mia coscienza, li consideri vincolanti?’.”⁴⁰¹

³⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 250-251.

⁴⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 251.

⁴⁰¹ *Ibidem*. Pág. 286.

2.7.3. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)

En la opinión de Welzel, Hegel corrige a Kant y vuelve a considerar al derecho natural en su papel relevante en relación a la moral. La crítica de Hegel a las corrientes iusnaturalistas no es tanto su orientación a la experiencia, a lo empírico (en lo que Kant disienta), sino en el modo en que sostienen esa orientación.

“L’astrazione, la fissazione di determinazioni, el fissare i momento dispersi della moralità organica, come entità peculiari, questo è l’errore fondamentale del diritto naturale che occorre evitare. Hegel si pone quindi il compito di riportare all’unità dell’idea assoluta di moralità ‘i momenti della moralità organica dispersi’ nella dottrina del diritto naturale.”⁴⁰²

El intento de Hegel es, por un lado, evitar el error de establecer dos órdenes de sistemas: el moral y el jurídico, como lo había hecho Tomasio. Y, por otro lado, implicar la historicidad en el orden normativo moral, lo que supuestamente no hizo el iusnaturalismo. “Da che Aristotele aveva fissato il criterio del diritto naturale nella sua validità generale, al di là del tempo e dello spazio, questo criterio aveva rappresentato il più grave impedimento a concepire concretamente il diritto naturale nella realtà storica.”⁴⁰³

El instrumento para unir objetividad absoluta y la realidad histórica lo encuentra Hegel en la dialéctica. La tesis: hacer lo que ordena la ley objetiva. Es el momento de la objetividad. La antítesis: hacer lo que manda la ley sin tener buena intención, no es obrar bien. Es el momento de la subjetividad. La síntesis: obrar con buena intención pero realizando un acto objetivamente malo, no es correcto. Y, por tanto, tiene que superarse el conflicto en realizar un acto objetivamente bueno con buena intención.

En fuerza del principio de que todo lo real es racional y viceversa, Hegel puede decir que la concepción dialéctica del obrar humano corresponde a etapas sucesivas en la historia de la humanidad. Así el momento objetivo corresponde al mundo antiguo, en el que no se conoce la subjetividad. En cambio “il diritto della particolarità del soggetto di esser soddisfatta, o, il che è lo stesso, il diritto della libertà soggettiva forma il punto di svolta e il centro, nella differenziazione fra l’antichità e l’età moderna. Questo diritto è, nella sua infinità, espresso nel cristianesimo, e costituito a principio generale valido di una nuova forma del mondo’.”⁴⁰⁴

La época de síntesis, de conciliación de los opuestos se da con el estado moderno. “In tal modo lo Stato moderno è la realizzazione della libertà concreta,

⁴⁰² *Ibidem*. Pág. 264.

⁴⁰³ *Ibidem*. Pág. 265.

⁴⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 267.

cioè la sintesi di vincolo oggettivo e di libertà soggettiva, di universale e di particolare.”⁴⁰⁵ Para Hegel, el interés particular debe coincidir o incorporarse al interés general. Esto es, al interés del Estado. “I compiti oggettivi (etico-materiali) vengono imposti all’individuo dal tutto superindividuale della comunità. Pertanto l’individuo viene riferito e subordinato alla comunità anche nella sua esistenza morale. Ma proprio perchè il singolo si consacra a questi compiti superindividuali, in quanto lotta per apprendere esattamente il contenuto e questo assume come proprio dovere morale, appare... il valore moral della persona, il quale appartiene solo alla persona, e la eleva al di sopra del carattere di mero mezzo, e la rende fine a sè stessa.”⁴⁰⁶

De esta forma, asegurando que con su actuar moral el hombre se posiciona como persona frente al estado, Hegel logra zafarse del estatismo y, a la vez, del liberalismo individualista. “Individualismo e collettivismo sono superati...”⁴⁰⁷

Sin embargo, Hegel claudicó ante su simpatía por el Estado. Advierte que la conciencia individual no debe interponerse a la conciencia general: la del estado. Sólo siguiendo los dictados de esta conciencia se puede ser realmente libre. “Il razionale è necessario in quanto è ciò che è sostanziale, e noi siamo liberi in quanto lo riconosciamo come legge, e la seguiamo come sostanza del nostro proprio essere; la volontà oggettiva e la volontà soggettiva sono conciliate così in un solo e sereno tutto.”⁴⁰⁸

El Estado es, para Hegel, mucho más que una simple estructura organizativa. “Esso è in prima linea un individuo spirituale, un rilevarsi dello spirituale, lo ‘spirito di un popolo’, ‘la sua religione, culto, costumi, usi, arte, costituzione, leggi politiche, l’intero ámbito delle sue strutture, le sue vicende ed eventi’, ‘le forza spirituali che vivono in un popolo e lo governano.’”⁴⁰⁹

2.7.4. Rodolfo Von Jhering (1818-1892)

Concibe al derecho como la fuerza normada de los grupos dominantes en una sociedad. “diritto è un *modus vivendi*, che due parti della popolazione, in lotta per il potere, riconoscono come vincolante... In realtà il diritto deve la sua posizione attuale nel mondo non alla persuasione ética della sua sublimità e maestà: questo sarebbe al massimo il risultato finale di un lungo proceso di sviluppo, al cui inizio si pone il mero egoísmo, il quale, poi, solo nel corso dei tempi, ha ceduto all’idea

⁴⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 267.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 268-269.

⁴⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 269.

⁴⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 270.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 273.

morale e all'intenzione morale. La forza avrebbe poi a poco a poco appreso che il suo vantaggio sta nella misura: 'diritto' è 'la forza divenuta consapevole dei proprio vantaggio, e perciò della necessità della misura, non già qualcosa che per sua natura sia diversa da quella, bensì solo un modo di presentazione della medesima': la forza disciplinata, in opposizione alla forza priva di regola."⁴¹⁰

2.7.5. Hans Kelsen (1881-1973)

En el siglo XX, una concepción simple, con visos de integridad y sin complicaciones filosóficas, cautivó a los académicos y prácticos del derecho. Su expositor, el austriaco Hans Kelsen. El derecho no es otra cosa que las normas formalmente válidas, independientemente de su contenido normativo: "Otra cosa ocurre con las normas del Derecho. Su validez no es cuestión de contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho."⁴¹¹

Kelsen se abrogó la representación del positivismo jurídico: "La teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico."⁴¹²

El objeto de la ciencia jurídica son las normas; "el derecho 'que es' objeto de la descripción científica, respecto del derecho que 'debe ser', objeto de la política jurídica y de las preferencias morales"⁴¹³

Hay una absoluta y nítida separación entre derecho y moral: "La teoría pura del Derecho aspira a librar esa definición de dicho elemento, separando radicalmente el concepto de norma jurídica del de norma ética, del cual deriva en las concepciones dominantes, y afirmando la autonomía del Derecho frente a la ley moral. Para ello, rompe con la concepción tradicional que hace la norma de Derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la norma moral, afirmándola, en cambio, como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La norma de Derecho, conviértese en 'precepto o proposición jurídica', que acusa la forma fundamental de la ley. Así como la ley natural enlaza un hecho determinado –causa- con otro hecho distinto –efecto-, del mismo modo la ley jurídica enlaza la condición con la consecuencia. En el primer caso, la forma del enlace de unos hechos con otros es la *causalidad*; en el segundo, la *imputación*, la cual constituye, para la teoría jurídica pura, la 'legalidad' específica del Derecho. La traducción de esta legalidad –y no otra cosa- es el 'deber ser', que es la categoría bajo la cual comprende el Derecho la teoría jurídica pura; así como la traducción de la legalidad causal es el 'tener que

⁴¹⁰ *Ibidem*. Pág. 289.

⁴¹¹ KELSEN, Hans: *La teoría pura del derecho*, *Ibidem*, pág. 48

⁴¹² *Ibidem*. Pág. 33.

⁴¹³ ORREGO, Cristóbal: *De la ontología del Derecho al derecho Justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. Revista Chilena de Derecho. Año 30, No. 2, pág. 309

ser'. Si la ley natural dice: *Si es A tiene que ser B*, la ley jurídica, en cambio, afirma: si A es, debe ser B; pero no emite juicio acerca del valor moral o político de esta conexión".⁴¹⁴

Para Kelsen, la distinción entre un hecho (privar de la vida a una persona) ajurídico y uno jurídico radica en la ley. El asesinato es un acto jurídico porque lo dice la ley, no porque sea un mal.

"... este hecho externo (matar), por hallarse encuadrado espacial y temporalmente, por constituir un acontecer perceptible sensorialmente, es una parcela de naturaleza y, por tanto, está sometido a las leyes de causalidad. Pero este acontecer, considerado en sí mismo, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto del conocimiento específicamente jurídico; no es, pues, un objeto jurídico. Lo que convierte a este suceso en un acto jurídico (o antijurídico) no es su efectividad, no es su 'ser' natural, es decir, sometido al ciego causalismo que domina el sistema de la naturaleza, sino el 'sentido' objetivo que va enlazado al acto, la 'significación' que posee. El hecho en cuestión recibe su sentido y su significación propiamente jurídicas, en virtud de una norma que a él se refiere, convirtiéndolo en su propio contenido..."⁴¹⁵

El único objeto del conocimiento jurídico, según Kelsen, es la norma. Y, por lo tanto, sitúa al derecho no el ámbito de la naturaleza, sino del espíritu. Pero deja bien claro que "lo que se rechaza es, únicamente, aquella concepción según la cual el Derecho, considerado en sí mismo, es una parte de la moral..."⁴¹⁶

Para Kelsen, el contenido de la moral no es determinable por la teoría pura del derecho. Esto quiere decir que no es determinable por la ciencia. "El conocimiento racional no puede afirmar que sólo una de estas ordenaciones tenga un valor absoluto, es decir, que sea la única 'justa'. La justicia es un ideal irracional."⁴¹⁷

El derecho, para que sea tal, debe ser inmune de contagio ético; totalmente puro de cualquier referencia a la moral. "Si no se pone cuidado en distinguir claramente entre Derecho y justicia; si, por el contrario, se deja llevar de la inclinación a calificar de justo al Derecho emanado del poder legislativo se cae de lleno en la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica del Derecho natural conservador: éste no llegó tanto a un conocimiento del Derecho válido, como a una justificación, a una *transfiguración* del mismo, recurriendo a la prueba que el

⁴¹⁴ KELSEN, Hans: *Op. Cit.* Págs. 23-24.

⁴¹⁵ *Ibidem.* Págs. 12-13.

⁴¹⁶ *Ibidem.* Pág. 17.

⁴¹⁷ *Ibidem.* Pág. 18.

Drecho positivo no es más que un precipitado de un orden antural, divino o racional...”⁴¹⁸

La teoría pura del derecho se pregunta por el derecho real y posible; no por el ideal o justo. El derecho está sujeto a las variaciones y mutaciones históricas y sociales. “Es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y lugar.”⁴¹⁹

El ‘deber ser’ de la norma jurídica es puramente formal; y es el nexo entre la condición y la consecuencia. Ésta es la sanción o la pena prevista en la norma para el caso de quien realice la condición. Y la aplicación de dicha sanción es coactiva. No porque entre condición y consecuencia se dé una relación natural o de valor; sino simple y sencillamente porque está previsto y la autoridad tiene que imponer dicha sanción. “Cuando se dice que si se realiza el hecho ilegal, ‘debe’ aplicarse la consecuencia jurídica, este ‘deber ser’ –como categoría del Derecho- no significa otra cosa que el sentido específico en el que la condición y la consecuencia jurídicas hallanse enlazadas en la norma de Derecho. Esta categoría tiene un carácter puramente formal...”

“La categoría formal del deber ser o de la norma nos indica el género próximo, pero no la diferencia específica del Derecho. La teoría jurídica del siglo XIX hallábase de acuerdo, en sus distintas ramas, acerca del hecho de que las normas jurídicas eran normas coactivas, es decir, reguladoras de la coacción, y que en eso se distinguían de las restantes normas. En este punto, la teoría pura del Derecho sigue la tradición de la ciencia jurídica positivista del siglo XIX. Para ella, la consecuencia enlazada en el precepto jurídico a una determinada condición es el acto coactivo estatal, es decir, la pena y la ejecución coactiva civil o administrativa, con lo cual, el hecho condicionante recibe el nombre de ‘antijuridicidad’ y el hecho condicionado el de ‘consecuencia jurídica’.

“Lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica y constituya un delito –en el sentido más amplio de la palabra- no es una cualidad inmanente de la misma, ni tampoco la relación con una norma metajurídica, moral, es decir, trascendente al Derecho positivo; sino única y exclusivamente el hecho de que el precepto jurídico la establece como condición de una consecuencia específica; es decir, el hecho de que el orden jurídico reacciona contra esa conducta con un acto de coacción.”⁴²⁰

Al no depender de ninguna ideología, el Derecho puede perseguir cualquier finalidad social. Esto es, mantener en el poder al más fuerte. “El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político... el Derecho es un hecho históricamente condicionado; con lo cual queda abierta la posibilidad de conocer la

⁴¹⁸ *Ibidem*. Pág. 19.

⁴¹⁹ *Ibidem*. Pág. 21.

⁴²⁰ *Ibidem*. Págs. 24, 25-26.

estrecha conexión que existe entre la técnica social de un orden coactivo, y el estado social que, por medio de él, trata de mantenerse.”⁴²¹

La Teoría pura del derecho critica la dualidad de derecho subjetivo-derecho objetivo. Para esta teoría no existe el derecho subjetivo, máxime cuando dicho concepto está impregnado de ideología: pretender que la persona, antes de cualquier orden jurídico tiene derechos, mismos que el orden normativo jurídico tiene que reconocer es un vestigio del iusnaturalismo. “... el derecho subjetivo, en cuanto facultad, no es algo independiente del Derecho objetivo; pues si existe eso que se llama derecho subjetivo, es sólo porque y en tanto que es objeto de regulación por la norma objetiva.”⁴²²

Y la persona no es más que un centro de imputación de derechos y obligaciones. “... una expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo normativo.”⁴²³

2.8. RECAPITULACIÓN

El iusnaturalismo, como teoría del derecho justo; y el iuspositivismo, como teoría del derecho real, han estado siempre presentes en la reflexión jurídica. A veces la prevalencia de los principios iusnaturalistas se han sobrepuesto a los de los iuspositivistas. En las últimas décadas, el positivismo kelseniano ha invadido las aulas universitarias y la docencia del derecho ha estado dominada por la teoría pura del derecho. Sin embargo, la necesidad de justicia ha hecho que los teóricos vuelvan a escudriñar los horizontes de los valores. Un mundo donde la voluntad de poder nietzscheana se encarama y tome ventaja, sería un mundo flagelado por la injusticia y la desigualdad.

No podemos desconocer la contribución del positivismo. Ha dado pie para una reflexión más cuidadosa sobre la naturaleza del derecho. Y ha motivado que no se tomen tan a la ligera las críticas hechas a un derecho que insistía en su base religiosa. La sociedad actual, plural y con religiones diferentes, no puede aceptar un derecho son pretensiones de tener la verdad absoluta sobre el valor de la justicia.

El iusnaturalismo necesariamente, al defender y sostener sus principios, tiene que tener en cuenta el cambio cultural en el mundo, la historicidad en la que se encuentra el hombre, el bombardeo informático global al que está sujeto, la perspectiva relativista desde la que los grupos de poder se posicionan en la “masa”, y, sobre todo, la incoscienza existencial en la que vive la mayoría.

⁴²¹ *Ibidem*. Pág. 28.

⁴²² *Ibidem*. Pág. 42.

⁴²³ *Ibidem*. Pág. 43.

Capítulo 3.

JOHN FINNIS Y SU *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS*

3.1. FINNIS, EL NEOIUSNATURALISTA

Finnis, desde 1980 hasta nuestros días, ha sido quizás el más reconocido representante de iusnaturalismo moderno. No sólo su profundo, detallado y hasta meticuloso conocimiento de la obra de Tomás de Aquino, sino también su impresionante y perspicaz dominio de las obras de sus contemporáneos, casi todos ellos posicionados en estrados doctrinales distantes a las concepciones filosóficas de Finnis, hacen de éste un pensador verdaderamente interesante. Más todavía, cuando, en sus escritos, como en la obra objeto de este trabajo, destila una lógica estructurada, sólida y clara. Además de una incuestionable capacidad apologética que presenta cara al debate abierto y sin complejos.

Finnis ha descollado entre los más destacados e influyentes tratadistas de nuestra época. No menor importancia tiene esto cuando se habla de lo que ha significado y significan, en nuestros días, las ideas de los tratadistas anglosajones en el mundo del derecho. Dialoga de tú a tú con sus colegas o antecesores en Oxford: Hart, Raz, Austin, Bentham..., o con otros filósofos del derecho de habla inglesa, como W.H. Hohfelds, John Rawls, Lon Fuller, Robert Nozick...

No es irrelevante señalar lo que se dice de John Finnis en el mismo Reino Unido: “the most important contemporary natural law theorist, was a student of H.L.A. Hart’s, and one of the strengths of his natural law theory is its respect for the insights of positivism”.⁴²⁴

O también como se le ha presentado en el círculo académico de la India: “... a prominent living legal philosopher, who is presently a Professor of Jurisprudence at Oxford, has successfully managed to revivify the discussion on natural law with his own new theory of natural law. Drawing both on Oxonian and Catholic theorist philosophical traditions, he has not only challenged the dominant Anglo-positivist approach to legal philosophy taken by John Austin and H.L.A. Hart but has also sought to dispel misconceptions, slogans and illusions surrounding the natural law theory. His *Natural Law and Natural Rights*, first published in 1980, provides an important contemporary re-statement of natural law which is unique in its application of analytical jurisprudence to a body of doctrine usually considered to be its polar opposite. Although he disclaims originality and describes his book as

⁴²⁴ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. Pág. 69. University of London External Programme, 2004. Pág. 69. http://sjmse-library.sch.ng/E-Books%20Phil/juris_chs1to4.pdf (16-septiembre-2015).

introductory and admits that countless relevant matters are only discussed briefly or not discussed at all, it undeniably constitutes an invaluable contribution to contemporary legal philosophy”.⁴²⁵

El Profesor Nirmal resume en estos términos el trabajo de Finnis: “has revived natural law theory in modern times by offering a scholarly analysis of naturalist concerns within the spectrum of natural rights. His restatement of classical natural law and his own new theory of natural law not only remove doubts, raised and insinuations and canards spread by positivists about natural law in a forceful and convincing manner but also challenge the so called objectivity in positivism and exposes its inadequacies in capturing all aspects of law.”⁴²⁶

Orrego transcribe el siguiente texto de Neil MacCormick que expresa claramente lo que Finnis representa para la filosofía del derecho en la actualidad: “Algunos libros causan una impresión radical en el lector por la audacia y la novedad de las tesis que enuncian; escribir un libro así es un logro raro y difícil. No es más fácil, con todo, ni menos raro, causar una impresión radical mediante el cuidadoso replanteamiento de una idea antigua, volviendo a la vida temas viejos merced al carácter vívido y vigoroso con que son traducidos a un lenguaje contemporáneo. Ése ha sido el logro de *Natural Law and Natural Rights* (...) un libro que ha devuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la ley natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva sólo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y de tergiversaciones. Al mismo tiempo, fue exhibida como una explicación del derecho por completo desafiante, plenamente capaz de resistir las teorías que, según se creía, la habían refutado y sustituido, tomando al mismo tiempo en cuenta y aceptando dentro de su propio planteamiento algunas de las intuiciones o descubrimientos más importantes de estas teorías...

“Pocas veces he leído un trabajo de filosofía con una sensación de excitación y de descubrimiento más grande que la que experimenté en una primera lectura sin respiro de la versión previa a la primera edición de *Natural Law*... Sigue siendo para mí un hito intelectual; uno de esos pocos libros que provocan un cambio permanente en el propio pensamiento; un cambio en el propio paradigma personal”.⁴²⁷

⁴²⁵ NIRMAL: *Natural Law, Human Rights and Justice. Some Reflections on Finnis's Natural Law Theory*. Pág. 2. www.bhu.ac.in/lawfaculty/.../4_BC_NIRMAL_NATURAL%20LAW.doc (28 noviembre 2014).

⁴²⁶ *Ibidem*. Pág. 37

⁴²⁷ ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar*. En *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción al español, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág. 15-16.

3.1.1. Trayectoria académica

Finnis es originario de Adelaida, en Australia, donde nació el 28 de julio del año de 1940. Después de una breve estancia en Roma, donde se convierte al catolicismo, se incorpora a la Universidad de Oxford. Bajo la dirección de H.L.A. Hart, realiza su tesis doctoral. A partir de entonces se ha dedicado a la docencia y a la investigación. En 1966, un año después de doctorarse con la tesis *The Idea of Judicial Power*, Hart le encomienda que escriba un libro cuyo título el mismo Hart le da: *Natural Law and Natural Rights*. En principio Finnis se programó para terminar este trabajo en el verano de 1970. Sin embargo, no fue sino hasta 1980 en que salió a la luz.

Sobre el modo de pensar, expresarse y escribir, Santiago Lagarre dice que “John Finnis enseñó a muchos a hilar fino. Desde el modo conciso con que redacta un correo electrónico, hasta la meticulosidad de la expresión oral en sus clases, pasando por la forma trabajosamente articulada con que están diseñados sus escritos académicos.

“El que lo escucha tiene la sensación de que no hay hilos sueltos: cada frase se encadena con la anterior; cada idea entronca con la que precede. Parece una práctica de la teoría de la ‘improvisación cero’.

“El que lo lee tiene la sensación de enfrentar una telaraña ficticia, porque es perfecta, aun cuando esa perfección pueda, en ocasión restar fresca, especialmente en los primeros años de su producción científica.”⁴²⁸

Hart, a decir del Profesor José Antonio Ramos Pascua, sentía la inquietud de encontrar un fundamento a los derechos humanos, y, por eso, la encomienda que hace a su discípulo, John Finnis.

Fundamento que Hart no alcanzaba a descifrar, pero que percibía la necesidad de que fuera establecido. “(Hart) sigue echando en falta ‘una teoría suficientemente detallada o adecuadamente articulada que muestre el fundamento de tales derechos y su relación con otros valores perseguidos por el gobierno’. Al igual que ocurre con otros positivistas moderados, como N. Bobbio, parece que una de las mayores reticencias que mantiene Hart hacia los derechos humanos es la dificultad de hallarles un fundamento sólido...”⁴²⁹

Sobre la inquietud de encontrar un fundamento a los derechos humanos, el propio Hart insiste en: “que ‘ha de hacerse mucho más para identificar los rasgos

⁴²⁸ LAGARRE, Santiago: *Apuntes para una Biografía intelectual de John Finnis*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/16.pdf> Pág. 236.

⁴²⁹ RAMOS PASCUA, José Antonio: *Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. HART*; Pág. 354-355. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 12. 2011 (331-364). http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38108file:///C:/Users/Ru/Downloads/hartSALAMANCA.pdf (14-Junio-2015)

peculiares de la dimensión de moralidad que constituye la concepción de los derechos fundamentales y el modo en que esa dimensión de moralidad se relaciona con otros valores perseguidos a través del gobierno'. En general, parece sugerir (Hart) que una teoría satisfactoria de los derechos humanos no debe construirse únicamente a partir del rechazo a los defectos del utilitarismo sino también tanteando la posibilidad de lograr alguna armonización con sus aciertos. En todo caso, (Hart) advierte que todavía no se ha logrado más que fragmentariamente desarrollar una teoría de los derechos individuales comparable a la teoría utilitarista en claridad y riqueza de detalles. Pero el punto de partida, el respeto a la dignidad y al valor de la persona individual, ausente en Bentham, es algo que Hart considera irrenunciable.”⁴³⁰

Finnis fue profesor de “Teoría del Derecho (Jurisprudence) en Oxford entre 1966 y 1975. Puede decirse que antes y durante estos años, Finnis se había formado en la tradición de la filosofía analítica del derecho, bajo la influencia prominente – aunque no la más importante- de Hart y de Kelsen, pero también de Bentham y de Austin, de Stone y de Hohfeld. El estudio de los autores más representativos del positivismo jurídico analítico –tomando esta denominación en sentido amplio- familiarizó a Finnis con las caricaturas de la teoría del derecho natural corrientemente aceptadas por entonces. *Natural Law and Natural Rights* fue escrito para Hart y para su audiencia (los juristas analíticos) antes que para ningún otro público. En este contexto se entiende mejor el tipo de argumentos y de problemas que la obra aborda, y por qué los aborda de manera más o menos polémica ya desde el Prefacio, que sin más se niega a separar –salvo para fines pedagógicos limitados- los estudios de la moral, el derecho y la política.”⁴³¹

Finnis conoció bien los esfuerzos de Hart por incorporar al derecho los elementos históricos y sociológicos, permitiendo que “la ascepcia” del derecho se mezclara con la realidad. La lectura de B.J. Lonergan hizo que Finnis se alejara del empirismo. Luego su acercamiento a Tomás de Aquino y el estudio de Aristóteles le dieron las herramientas filosóficas para armar la estructura de su teoría.

También es reconocido el influjo que tuvo sobre su concepción moral Germain Grisez⁴³², en particular, en lo relativo a la autoevidencia de los primeros principios de la razón práctica. El mismo Finnis dice: “Mi deuda para con Germain Grisez viene reconocida de manera similar, pero demanda una mención explícita aquí. La teoría ética propuesta en los Capítulos III a V y los argumentos teóricos en las secciones VI.2 y XIII.2 se basan directamente en mi comprensión de su nueva, vigorosa presentación y solidísimo desarrollo de los argumentos clásicos

⁴³⁰ *Ibidem*. Pág. 356-357.

⁴³¹ ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales*; Op. Cit. Pág. 10.

⁴³² Profesor de Teología Moral en Mount Saint Mary's University en Emmitsburg, Maryland, y uno de los más prominentes representante de los principios absolutos y generales de la moral católica.

sobre estas cuestiones.”⁴³³ Incluso afirma que “para comprender la explicación de Tomás de Aquino (sobre los primeros principios de la ley natural), ampliamente incomprendida, es fundamental G. Grisez.”⁴³⁴

3.1.2. Finnis, el filósofo de sólidas convicciones morales

Finnis tuvo una activa participación en los debates morales dentro de la Iglesia Católica en los años setentas, en particular después de la promulgación de la Encíclica *Humanae Vitae*, de Pablo VI (1968), condenando los métodos anticonceptivos y abortivos. Y más recientemente también escribiendo y defendiendo la familia tradicional. El 4 de junio del 2013, una asociación gay protestó por su presencia en la Universidad de Notre Dame de Australia. La ponencia de Finnis en esa tarde era: “*Opposing death with dignity and same sex marriage: faith or reason?*”

“Finnis comenzó su participación en el debate moral entre católicos y en la defensa de la moral tradicional defendiendo la Encíclica *Humanae Vitae*, de Pablo VI, procurando exponer sus argumentos de una manera entendible para personas con presupuestos intelectuales casi enteramente contrarios. En 1973 salió en defensa del derecho a la vida frente a la argumentación de Judith Jarvis Thomson.”⁴³⁵

Fue miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede desde 1986 hasta 1991, lo que implica un reconocimiento singular de su talla como pensador.

3.2. ¿IUSPOSITIVISTA O IUSNATURALISTA?

¿John Finnis es iusnaturalista? ¿O es un ecléctico? ¿O un positivista moderado? Se ha indicado que la de Finnis es “una teoría normativista o legalista, y dado que es común identificar esta característica de centrar el análisis jurídico en las normas con el positivismo, podemos decir que esta teoría es positivista en el sentido indicado”.⁴³⁶ Pero sería poco conveniente el señalamiento antes indicado, si no lo contextualizamos dentro de la teoría finnisiana, y seguramente Finnis no aceptaría que se dijera de él que es, sin más, un iuspositivista.

⁴³³ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos naturales*. Traducción al español de Cristóbal S. Orrego, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág. 34-35.

⁴³⁴ *Ibidem*. Pág. 86.

⁴³⁵ ORREGO S., Cristobal: *John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural*. Pág. 75. ACTA PHILOSOPHICA, vol. 10 (2001), fasc. 1- PAGG. 73-92.. [http://www.actaphilosophica.it/\(310815\)](http://www.actaphilosophica.it/(310815)).

⁴³⁶ MOYANO PREGAL, Cecilia: *Un Acercamiento a las ideas de John Finnis*, Pág. 2. <file:///C:/Users/Ru/Documents/aprox%20a%20las%20ideas%20de%20finnis.pdf> (21 septiembre 2015).

“Finnis coincide con los positivistas en que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas. Pero él toma un punto de vista según el cual aquellas deben pasar por un tamiz de razonabilidad para justificar su carácter central como objeto de estudio de la ciencia del derecho.”⁴³⁷

Hart señala: “La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo... El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la judicación.”⁴³⁸

“El ser del derecho natural es esencialmente distinto al del derecho positivo. El derecho natural es la moral. Su fuerza obligatoria es independiente de su positivización por el hombre. Este rasgo de la teoría finnisiana la distingue del ius-naturalismo y del positivismo. Del primero porque sostienen que el derecho natural es derecho, propiamente hablando; y del segundo porque reduce todo el derecho al derecho positivo, negándole juridicidad al derecho natural.”⁴³⁹

Decir que Finnis es el representante más notorio del nuevo iusnaturalismo no significa que esté antrinchado en unos argumentos metafísicos que por muchos años fueron considerados inválidos, incluso por los propios defensores de la ley natural. En realidad, cuando se afirma y se considera el rol de Finnis en los tiempos que corren, lo que se resalta es su capacidad para usar el lenguaje filosófico actual, presentando de una manera docta, razonada y concluyente lo que la teoría clásica del derecho natural, con Santo Tomás de Aquino, había expuesto.

A la teoría de Finnis y de otros pensadores actuales del iusnaturalismo se les suele conocer como las nuevas teorías iusnaturalistas: “... it is posible to indicate the ways in which this natural law differs from that offered by the ‘New Natural Law’ (NNL) theorists such as Robert George and John Finnis...”⁴⁴⁰

El enorme mérito de Finnis, como antes dije, es hacer luz, con un bagaje cultural, doctrinal y argumentativo, totalmente moderno, sobre los principios estructurales de la teoría iusnaturalista expuesta por Tomás de Aquino. Desde el siglo XIV hasta nuestros días, esta teoría ha sido objeto, las más de las veces, de distorsiones o interpretaciones bien intencionadas, pero desajustadas, que han

⁴³⁷ *Ibidem*. Pág. 4

⁴³⁸ HART, J.L.A.H.: *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, citado por ORREGO, en Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales, *Op. Cit.* Pág. 14-15

⁴³⁹ MOYANO PREGAL, Cecilia: *Op. Cit.* Pág. 2-3.

⁴⁴⁰ SEAGRAVE S, Adam: *The foundations of Natural Morality*, The University of Chicago Press, 2014. Pág. 113.

ocasionado enormes desfiguros especulativos y la ocasión de ataques devastadores. Las consecuencias: una enseñanza y práctica del derecho con cariz netamente positivista. Y el relego de las tesis iusnaturalistas para los sectores conservadores o simplemente para la información histórica.

La dotación intelectual de Finnis, le permite aceptar, sin restricción alguna, y aún a costa de algunas de críticas de tomistas, algunos postulados del iuspositivismo.

En este sentido, en primer lugar, Finnis, con los positivistas, admite que el “deber” no puede derivarse del “ser”. Y critica que algunos iusnaturalismos partan de este contrasentido. Así lo hicieron “parte de la escolástica supuestamente ‘tomista’, los racionalistas y el estoicismo. Realmente pretendieron deducir la moral de una observación de la naturaleza humana y de una constatación especulativa de la ‘congruencia’ entre esa naturaleza y las acciones libres. A eso se le llamaba ‘fundamentar’ la ética en la antropología y en la metafísica”.⁴⁴¹

“The argument, then, is that the natural law tradition is founded on the fallacy of deriving **ought** from **is**, and it is not obvious how this argument can be countered. John Finnis tackles this issue head-on, denying that the natural law tradition (especially as it is represented by Aquinas) is founded on the derivation of ‘ought’ from ‘is’. Rather, he says, natural law theory is founded on man’s ability to grasp values **directly**, not inferring them from the facts of the world. According to Finnis, there are basic values that underlie the human appreciation of the value of any particular thing and all man’s purposive activities. ...These seven values are not inferred from facts about the world or man, but are appreciated directly by humans as valuing beings”.⁴⁴²

En segundo lugar, la teoría finnisiana del derecho natural acepta plenamente, como por lo demás lo hace la teoría clásica, el valor de las leyes positivas. No como si coexistieran dos órdenes regulatorios independientes, sino, en todo caso, como un solo orden –el positivo- que expresa y/o concreta, y se funda en las exigencias de la racionalidad de la ley natural.

Por eso, podría, en cierto sentido, aceptarse, como dice el Profesor Nirmal, que Finnis ha intentado mostrar que el antagonismo entre iusnaturalismo y positivismo es más formal que de contenido. “He convincingly and forcefully shows that the positivists’ opposition to natural law is redundant because what positivists see as realities to be affirmed are already affirmed by natural law theory, and what they describe as illusions to be affirmed are not part of natural law... it is necessary to recognize that the so called conflict between positivism and naturalism is because of the misunderstanding that both of them offer different answers to the same questions about the nature of law. But the fact is otherwise. Natural law theorists have not directed their analysis to the formal identification of positive law by courts,

⁴⁴¹ ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales*; Op. Cit. Pág. 17-18.

⁴⁴² GUEST, Stephen et Al: *Op. Cit.* Pág. 70.

but to the limits of the right of government to make laws and the nature and limitations of the obligation to the law. Rather, their inquiry is mainly directed to the quality and propriety of law making, not to the ability of the state in practice to impose regulation... they have never claimed that only good law is law. All that they demand, of course very forcefully, is that law may be evaluated by reference to standards deriving from the fact of human nature. But to say so hardly provides any ground for attack on the naturalist jurisprudence by the positivist thinkers. After all what positive law does is that it defines a minimum framework for human social order. And if, it does so then, this "surely 'ought' to be beneficial in terms of the nature of its subjects, as that 'is' found to be... As Finnis aptly notes, natural law theory recognizes that law's 'source-based character' is a fundamental and primary element in 'law's capacity to advance the common good, to secure human rights, or to govern with integrity'... Finnis's analysis not only makes a valuable contribution in presenting the endemic *naturalism* Vs *positivism* debate in a refreshingly new perspective but also strives to close the gaps between these two forms of legal theory by exposing falsehood, half-truths and untruths in theories of legal positivism and makes strongest possible rebuttle of insinuation and canard spread by positivists against what natural law theory is and what role it performs in relation to positive law.”⁴⁴³

Pero, por otro lado, Finnis rechaza uno de los postulados del positivismo: la obligación de cumplir la ley por la sanción que impone. Contrario a eso, la ley se obedece en función del bien común. “¿Por qué tenemos que obedecer una ley que no obedeceríamos si no estuviera obligatoriamente impuesta? Finnis responde que esa obligación deriva directamente del principio de la razón práctica que nos manda a contribuir con el bien común.”⁴⁴⁴

3.3. PERSPECTIVA ANALÍTICA DE FINNIS

El mismo Finnis señala que su pensamiento tiene como “medio ambiente” la teoría analítica del derecho”. “Todo autor tiene su medio ambiente. Este libro tiene raíces en una tradición moderna que puede denominarse ‘teoría analítica del derecho’ (‘analytical jurisprudence’), y mi propio interés en esta tradición precede en el tiempo al momento en que comencé a sospechar que podría haber algo más que superstición y oscuridad en las teorías de la ley natural.”⁴⁴⁵

Como dice Orrego: “El resultado de la reciente evolución de la teoría analítica del derecho es, en mi opinión, el abandono del rígido positivismo conceptual precedente y un acercamiento hacia posiciones más clásicas, en las

⁴⁴³ NIRMAL: *Op. Cit.* Pág. 4, 7 y 8.

⁴⁴⁴ MOYANO PREGAL, Cecilia: *Op. Cit.* Pág. 5.

⁴⁴⁵ FINNIS, John, *Op. Cit.* Pág. 34.

cuales los principios morales y políticos están inextricablemente implicados en la realización de la justicia conforme a derecho.”⁴⁴⁶

Hart es claro ejemplo de ello, cuando admite que “sería difícil configurar el contenido de la norma de reconocimiento. Pero se puede operar también con categorías generales referentes a los elementos o factores que, de hecho, tienen en cuenta los tribunales en sus decisiones. La más importante de estas categorías sería la de la moral. Ya vimos anteriormente que Hart considera que, en los Estados Unidos, la norma de reconocimiento ‘incorpora explícitamente principios de justicia y valores morales’. En otra ocasión nos dice que no hay ninguna razón por la que la norma de reconocimiento ‘no pudiera identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica. Tal referencia al contenido de los principios podría ser realizada en términos generales, por ejemplo, como principio de moralidad o de justicia, o en términos específicos, por ejemplo, el que a ningún hombre se le debería permitir beneficiarse de su propio mal proceder’.”⁴⁴⁷

En Hart, “el influjo de la filosofía lingüística parece haber sido decisivo en su explicación de lo que ha de entenderse por regla o norma (*rule*). A este propósito Kelsen había insistido en que una norma es un deber ser, que simplemente significa que ‘algo debe suceder’, o que ‘alguien debe proceder de cierta manera’, o incluso que ‘una norma es una norma’ y nada más que una norma. Por el otro lado, Ross proponía una reinterpretación de ese concepto en términos de la ‘ciencia empírica moderna’, reduciéndolo a ‘hechos sociales’, a ‘hechos empíricamente verificables’. Frente a estas dos posiciones, Hart nos va a explicar lo que entiende por reglas o normas, pero sin incidir en ninguna reinterpretación científica ni filosófica. Y a seguir el lema dado por Wittgenstein para la filosofía lingüística: dejar las cosas como están, no interferir con el uso efectivo del lenguaje, sino sólo describirlo.”⁴⁴⁸

3.3.1. La filosofía analítica

Para tratar de entender el contexto del pensamiento finnisiano debemos, por lo menos, esbozar lo que es la teoría analítica del derecho. Y señalar, con Moyano Pregal, que “Mientras (Finnis) preparaba su tesis sobre el sistema judicial en Australia, se dedicaba al estudio de la filosofía, siempre bajo la supervisión de su

⁴⁴⁶ ORREGO Cristóbal: *De la ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. En Revista Chilena de Derecho, Vol 30, No. 2. Pág. 308.

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart*. ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VII (1990) 479-502. Pág. 501. <file:///C:/Users/Ru/Downloads/Dialnet-LaFilosofiaLinguisticaYLaTeoriaDelDerechoAnalitico-142162.pdf>.

⁴⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 31

maestro H.L.A.Hart., de quien Finnis tomó su filosofía analítica, que se presentaba en ese entonces como una alternativa al positivismo reduccionista”⁴⁴⁹

La teoría analítica del derecho es una rama de la filosofía analítica. Y la filosofía es, como decían los antiguos, el conocimiento de las cosas a través de sus últimas causas (la ciencia en general, la definían como “*cognitio rerum per causas*”). Esto es, la ciencia filosófica tiene como objeto la esencia de la realidad. Eso que hace que las cosas –tomado en el sentido amplio latino: *res*-, la realidad, sea de esa forma como es y no de otra manera. Así, la materia de estudio de la filosofía será lo que está más allá de lo sensible y que su existencia hace posible la materialidad de las cosas. Por eso la metafísica –lo que está más allá de lo físico- es en sentido propio y estricto, filosofía.

La gnoseología será la filosofía que estudia las causas del saber. Es una realidad, un objeto real –una cosa, un objeto de estudio, en el sentido en que venimos hablando- el conocimiento. La ciencia del mismo, por lo tanto, es algo absolutamente posible.

¿Qué es la filosofía analítica? Es una corriente filosófica que floreció en Europa, principalmente en el Reino Unido, en Austria-Praga (el círculo de Viena) y en Polonia (escuela de Lwów y Varsovia) en las primeras tres décadas del siglo XX.

“Negel menciona básicamente cuatro centros europeos de filosofía analítica, a saber, Cambridge, Viena, Praga y la escuela polaca de Lwów (ahora en Ucrania). Si contemplamos el panorama secular de la filosofía, la lista resulta obviamente incompleta. Lo era inclusive en aquella época. Por lo pronto habría que incluir a la escuela de Berlín, en donde trabajaban en el mismo espíritu que los filósofos de los centros mencionados, Hans Reichenbach y Carl Hempel y, posteriormente la escuela oxionense del lenguaje común o usual, representada sobre todo por J. L. Austin y G Ryle.”⁴⁵⁰

La filosofía analítica o filosofía del lenguaje “sostenía estar llevando a cabo una revolución en la filosofía al rescatarla de una serie de malentendidos acerca del lenguaje. Alegaba que para formular ideas claras se requería esclarecer el discurso en el que éstas ocurren y no, construir intrincados sistemas filosóficos. Los filósofos, según esta corriente, deberían estar alerta de la manera en que el lenguaje y, especialmente el lenguaje filosófico tradicional, puede ser la fuente misma de los problemas sobre la naturaleza del mundo. Las palabras no necesariamente representan cosas, por lo que antes de apresurarse a indagar sobre la supuesta cosa a la que éstas se refieren, debe indagarse sobre la manera y las condiciones en las que las palabras son utilizadas en el lenguaje ordinario. Por lo tanto una tarea central de

⁴⁴⁹ MOYANO PREGAL, Cecilia: *Op. Cit.* Pág. 1.

⁴⁵⁰ TOMASINI BASSOLS, Alejandro: *¿Qué fue la filosofía analítica?*; Pág. 3. [tp://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/FilosofiaAnalitica.pdf](http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/FilosofiaAnalitica.pdf) (14-Junio-2015).

la filosofía es llevar a cabo un conocimiento interpretativo del lenguaje cotidiano en contextos habituales.”⁴⁵¹

Recibe el nombre de “analítica” porque su preocupación principal está en el uso de la lógica formal para realizar el análisis de proposiciones de uso en las ciencias y, más concretamente, del lenguaje y el significado del mismo. Las matemáticas y las ciencias naturales son el sustrato común de todos los exponentes de esta filosofía. “La gran mayoría de ellos eran hombres de ciencia... Russell era matemático y lógico; Carnap físico, Wittgenstein ingeniero, Tarski matemático, Neurath sociólogo, etc. Y así ahora nos fijamos en sus trabajos, sus intereses comunes empiezan a manifestarse con más fuerza. Muchos de ellos habían trabajado en el área de los fundamentos de las matemáticas y por lo tanto en lógica y la gran mayoría en cuestiones de filosofía de la ciencia. Así, **lógica** y **ciencias naturales** constituían el transfondo general de estos pensadores... Pero esto no es todo. De manera natural... el trabajo de los filósofos analíticos de principios de siglo se fue centrando cada vez más en el **lenguaje**.”⁴⁵²

El análisis del lenguaje pretende determinar el “objeto significado” de un concreto término lingüístico y el sentido con el que se refiere al mismo. “Moore parte de la idea... de las palabras deben designar algo, sea lo que sea, para que sean significativas y que, al ser enunciadas, pueden dar lugar a genuinos enunciados.”⁴⁵³ Y ello con el fin de descartar el lenguaje sin significado y sin sentido. Todo lenguaje que no corresponde con hechos debe ser puesto al margen. De lo que no puedo hablar no existe, sería la conclusión de los “límites del lenguaje” de Ludwig Wittgenstein.

En el caso de Russell, “¿Qué es el análisis lógico y qué objetivos se persigue al recurrir a él?... El objetivo es exhibir la forma lógica de las proposiciones, en contraposición a su forma gramatical y tener claridad así respecto a su contenido semántico. El análisis lógico se ejerce sobre proposiciones... y tiene como meta **definirlas**. Se define una proposición cuando se encuentran las proposiciones que lógicamente la implican y que a su vez ella implica.”⁴⁵⁴

“Un segundo ejemplo de análisis filosófico lo encontramos en la obra de Moore. A éste lo podríamos llamar ‘análisis conceptual’... El modo como él procedía era, básicamente, extrayendo las implicaciones de los usos filosóficos y mostrando que, tomados literalmente, conducen a contradicciones con otros pensamientos que normalmente todos aceptamos y que de hecho no estamos

⁴⁵¹ TAMAYO VALENZUELA, José Alberto: *La Teoría del Derecho de L.H.A. Hart*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Págs. 1-2. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/art/art14.pdf> (14 de junio del 2015).

⁴⁵² FINNIS, John: *Op. Cit.* Pág. 4.

⁴⁵³ *Ibidem.* Pág. 7.

⁴⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 7.

dispuestos a abandonar. Por ejemplo, se le puede hacer admitir a alguien que sostiene que el tiempo es irreal que desayunó el lunes a las 8.00 am y por lo tanto que no puede decir... lo que pretende decir.”⁴⁵⁵

“Un tercer modo de análisis filosófico lo encontramos en la famosa y muy útil distinción de Carnap entre modo formal y modo material de hablar... En el modo material de hablar, las palabras son empleadas de modo que se asume que tienen sus referencias usuales, y los problemas son planteados en términos de esas supuestas referencias, independientemente de la clase de entidades de que se trate. En el modo formal de hablar, en cambio, planteamos las mismas dificultades sólo en términos no de entidades sino de las palabras por medio de las cuales hablamos de ellas... Y lo que Carnap hace ver es que a menudo la mera paráfrasis, el mero replanteamiento de un problema filosófico en el modo formal de hablar basta para eliminar o disolver el problema que se nos plantea en el modo material.”⁴⁵⁶

Wittgenstein utiliza el “análisis gramatical”: “por ‘gramática’ Wittgenstein entendía el conjunto de reglas de uso que rigen el uso de las palabras. Estas reglas de uso no son reglas formales. Sirven para fijar los límites del campo de aplicación y, por ende, del sentido de las palabras.”⁴⁵⁷ No es lo mismo, decía Wittgenstein, el uso del “yo” como sujeto, que el uso del “yo” como objeto.

La Filosofía analítica nace y se alimenta de un contexto positivista, si por positivismo se entiende lo puesto, lo objetivo y verificable por los métodos científicos. Lo que no puede estar sujeto a interpretaciones ni visiones subjetivas. Lo verdadero no puede estar en la mente. Existe primero en la realidad. Y sólo eso que puede soportar el análisis formal, riguroso, científico, es reconocible como existente, como puesto, y, por tanto, como verdadero.

Es la realidad la que determina la inteligencia, no viceversa. Por eso, sólo de lo que existe se puede hablar. No existe término o palabra que no tenga un significado. “Algunos ejemplos tomados de los últimos trabajos del profesor J. L. Austin, que parece haber sido el precursor del grupo de Oxford, ilustrarán este punto. El profesor Austin argumenta que cuando una persona dice ‘yo sé que es un jilguero’ hace mucho más que meramente describir ciertos hechos. La persona, cuando dice ‘yo sé’, da su palabra, o arriesga su reputación, sobre el hecho de qué es un jilguero. Eso diferencia esta frase de otras como ‘creo’ o ‘supongo’, por ejemplo. Del mismo modo, cuando uno dice ‘prometo’ hacer algo, hace más que describir su estado mental presente. Invita a otro a confiar en su palabra; o, para tomar otro ejemplo, cuando se pronuncia la palabra ‘acepto’ en el curso de una ceremonia matrimonial, tiene lugar la realización de un acto más que la descripción de un hecho. Lo mismo puede decirse de ‘nombro a este barco Queen Elizabeth’. El profesor Austin denomina ‘performativo’ este uso del lenguaje.

⁴⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 7.

⁴⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 9.

⁴⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 10.

“Este tipo de estudios lleva a la filosofía a los límites de la filología. A fin de demostrar la variedad de los usos del lenguaje, el profesor Austin y el grupo de Oxford estaban muy preocupados por los matices semánticos que separaban palabras similares.”⁴⁵⁸

3.3.2. Teoría analítica del derecho

Hart “Había ejercido la abogacía durante ocho años antes de la guerra, pero sin ningún título universitario específico de Derecho; después de la guerra venía enseñando filosofía en Oxford, pero sin ninguna especialización o concentración especial en la filosofía del Derecho. Sin embargo, estas dos actividades (el ejercicio de la abogacía y la enseñanza de la filosofía), que a primera vista pudieran parecernos tan alejadas, tenían un punto de confluencia: el lenguaje común u ordinario, de que no solo se sirven una y otra, sino que además constituía el punto focal de atención de la filosofía de Oxford de esa época; de donde resultaba una especial capacitación y una posible especialización filosófica para Hart: el análisis del lenguaje de los juristas.”⁴⁵⁹

Para que tenga sentido el lenguaje, el significado necesariamente es existente. De lo contrario, la palabra o el término carecen de sentido. No se refieren a nada. Y la nada es la ausencia de ser. Y, por tanto, sin significado.

De este modo, la teoría analítica del derecho es el análisis de las proposiciones normativas de carácter jurídico. “Una ciencia social, como la teoría sociológica o analítica del derecho, busca describir analizar y explicar algún objeto o materia.”⁴⁶⁰

“La tarea de la Filosofía analítica del Derecho, de acuerdo con el profesor Hart, consiste en proporcionar “...un panorama o mapa más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distintivo de operar”.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ CLIFFORD L, Pannam: *El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho; año 6, número 12, 2008, Págs. 67-98. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf Pág. 75.

⁴⁵⁹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart*. ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VII (1990) 479-502. <file:///C:/Users/Ru/Downloads/Dialnet-LaFilosofiaLinguisticaYLaTeoriaDelDerechoAnalitico-142162.pdf>. Pág. 480.

⁴⁶⁰ FINNIS, John: *Op. Cit.* Pág. 37.

⁴⁶¹ CLIFFORD L, Pannam: *Op. Cit.* Pág. 76.

Un ejemplo de la aplicación de la filosofía analítica al derecho, resulta del estudio de validez de las normas jurídicas que realiza Hart. Para Hart, “la norma de reconocimiento” es la que da estructura y validez a todo el sistema. Rechaza que sea similar a la norma constituyente suprema de Kelsen. No es algo escrito ni definido de una vez para siempre, como pretende Kelsen. Para Hart, esta norma de reconocimiento radica en los principios generales aceptados, en el espíritu de la comunidad, en los ideales de ésta. “Resulta así muy distinta de la ‘norma fundamental’, que empezó siendo una ‘hipótesis’ y terminó siendo más bien una ‘ficción’ (en las propias palabras de Kelsen). Pero ambas se diferencian también en la función. La norma fundamental se presupone (en un sentido o en otro) para fundamentar o explicar la validez de todo el ordenamiento en su conjunto, mientras que Hart ni siquiera se plantea esta cuestión, se niega a plantearse: hacia el interior del sistema la validez (de las diversas normas) se explica por la norma de reconocimiento; hacia el exterior, no nos planteamos, no es necesario plantearse la cuestión. Podría tal vez pensarse, suponerse, que Hart aprendió de Kelsen a no repetir el intento, vistas las complicaciones (y el fracaso) que a éste le supuso. Pero se trata de una mera suposición (mientras no se sepa que Hart tuvo efectivamente eso en cuenta); y además de una suposición innecesaria, porque la actitud de Hart se puede explicar perfectamente por su conexión con la filosofía lingüística del lenguaje común u ordinario. En esa dirección apunta su indicación de que, para el conjunto del ordenamiento o sistema jurídico, ni necesitamos ni usamos ‘comúnmente’ la palabra ‘validez’. Esa podría no ser una razón definitiva desde la postura de Austin, ya que para éste el lenguaje ordinario es tan sólo ‘la primera palabra’, y su horizonte puede ampliarse, ‘si nuestros intereses son más amplios o más intelectuales que los ordinarios’. Pero recordemos que la posición de Wittgenstein es más radical: ‘La filosofía no puede, en modo alguno, interferir con el uso efectivo del lenguaje; puede, a la postre, solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está’. Claro que es posible que Hart fuerce un poco las cosas al atribuir eso al lenguaje ordinario (la despreocupación por la cuestión de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto). Pero aún así, aún suponiendo que Hart no pudiera contar con ese apoyo, no le faltarían otros, en la propia filosofía de Wittgenstein, que irían en la misma dirección (de desentenderse de esta cuestión de la fundamentación del sistema jurídico en su conjunto).”⁴⁶²

Hart habla, en relación al derecho, del punto de vista interno y externo. Y admite también el intermedio. “Hart se refiere expresamente a la postura de Winch como ‘similar’ a la suya. Quizá sea oportuno subrayar que esta similitud se observa especialmente en el tercer punto, en el ‘aspecto interno’ de las reglas. Esta similitud se acentúa en el ulterior desarrollo del contraste entre ese ‘aspecto interno’ de las reglas y el ‘externo’; distinción que es de ‘gran importancia para entender, no sólo el Derecho, sino la estructura de cualquier sociedad’. Al primero corresponde el que podemos llamar ‘punto de vista interno’, que es el que adopta el miembro del grupo que ‘acepta y utiliza’ las reglas como guías de conducta. Mientras que al segundo corresponde el ‘punto de vista externo’ que es el propio de un ‘mero observador que

⁴⁶² RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *Op. Cit.* Pág. 497.

no las acepta'. Éste, si adopta la postura 'extrema', no podrá observar más que regularidades, tanto en la conducta que, efectivamente, es concordante con las reglas, como en las reacciones que provocan las conductas discordantes. A lo más que puede llegar es a relacionar esas reacciones con las conductas discordantes, también sobre la base de la regularidad con que unas siguen a otras. Este 'extremo punto de vista externo' no puede explicar o dar cuenta del modo como ven su propia conducta los miembros del grupo que aceptan las reglas. En realidad, el que pretenda ser fiel a este punto de vista no podrá hablar propiamente de reglas, sino tan sólo de las regularidades de la conducta, predicciones, probabilidades y señales que pueda observar. Es decir, dejará de ver 'toda una dimensión de la vida social de aquéllos a quienes observa'. Esta es la dimensión propia del punto de vista interno, la de los que ven las reglas como tales (no como simples prácticas o hábitos). Hay un tercer punto de vista, intermedio entre los dos anteriores: el de quien, sin necesidad de aceptar las reglas él mismo, se refiere a que el grupo las acepta y al modo como son entendidas por los que las aceptan, desde el punto de vista interno. Se trata de un punto de vista 'no comprometido' con la aceptación de las reglas, sino 'desentendido' (personalmente) de su aceptación o rechazo. Este es el punto de vista que puede adoptar y es propio que adopte, un jurista, o un teórico del Derecho, cuando informan de normas vigentes, que se supone que son aceptadas por algunos o por muchos (y entre los cuales puede estar él mismo). Al hablar de esas normas puede perfectamente utilizarse el lenguaje normativo de 'deber', 'tener que', etc., que antes hemos visto que utilizaban los comprometidos con la aceptación de las reglas o el punto de vista interno.⁴⁶³

3.3.3. La teoría analítica del derecho es de ambientación positivista

Toda proposición normativa, para que sea tal, tiene que referirse a una realidad social-jurídica específica. El derecho, bajo esta perspectiva, no lo pone el legislador; se lo impone la realidad. Las normas jurídicas con sentido no son producto de una elaboración especulativa aislada de la realidad. Son, por el contrario, la formulación, en términos jurídicos, de la realidad de una sociedad determinada. Consecuentemente, los aspectos axiológicos deben permanecer al margen y no ser introducidos en la descripción de la realidad. Ésta simplemente existe. Y no es dable calificarla ni de buena ni de mala. Cualquier matiz valorativo tendría a deformar la realidad.

Las "utopías" son sólo eso: un proyecto ideal de estado. Pero nunca una realidad. Y lo que interesa a los hombres, a los estadistas y a los miembros de una comunidad, es lo que viven en esa realidad social. Por eso, el derecho, siempre en esta visión de la teoría analítica del derecho, no puede ser inmutable. Es, por el contrario, cambiante, ajustable a las circunstancias del momento, a las tendencias en vigor, a las influencias económicas, a los grupos de poder, a los vaivenes; en fin: al devenir histórico.

⁴⁶³ *Ibidem*. Pág. 488.

La teoría analítica del derecho se nutre, como vimos que lo hace la filosofía del mismo género, de presupuestos positivistas. Es resultado de las ciencias matemáticas, y del método utilizado por éstas.

3.3.4. Finnis ante su estructura analítica

En esta perspectiva analítica es en la que Finnis trata de tú por tú con los teóricos modernos de un positivismo jurídico que también perciben que no basta ya el formalismo kelseniano para describir el derecho. En realidad, podría decirse que Finnis es un filósofo positivista, convertido al realismo aristotélico-tomista.

En tal sentido, como advierte Robert P. George: “Finnis ha explicado prácticamente la relación entre moralidad y naturaleza, distinguiendo el modo “epistemológico” del ‘ontológico’ de análisis. Comenzó el análisis en el modo ‘epistemológico’.”⁴⁶⁴

Y será esta perspectiva, en la que Finnis se formó al estar y tratar y convivir en un ambiente positivista, la que dirigirá sus pasos al formular su teoría sobre el derecho. Ello sin que implique cerrazón o prejuicio a lo que su honestidad intelectual le fue llevando hasta conocer, como muy pocos, la obra de Tomás de Aquino.

A reserva de hacer un juicio más pormenorizado y fundado, adelanto que la teoría finnisiana del derecho natural es una teoría armada con los instrumentos filosóficos del tomismo, pero planteada desde una visión positivista. La teoría de Finnis tiene la gran cualidad de ser nueva, sin ser novedosa; porque es la misma teoría clásica pero precisada y aquilatada con la devastadora capacidad argumentativa que desde las posiciones de la filosofía analítica Finnis puede hacer sin ninguna timidez. Y es también una teoría metodológicamente acorde a las visiones modernas de las ciencias. Y, por ello, empática con las posturas del positivismo de la escuela analítica.

El mismo Finnis, al tratar el tema de la justicia en el Apartado VII.I de *Natural Law Natural Rights*, describe, casi de manera inconsciente, su postura intelectual: “... De manera que debemos dejar que nuestro análisis se rija por las cuestiones sustantivas que tenemos en mente (sobre qué es razonable o irrazonable en la conducta humana), no por las convenciones y asociaciones de nuestro lenguaje (que proporcionan, de todas formas, un conjunto útil de recordatorios).”⁴⁶⁵ El análisis del lenguaje es un instrumento (filosofía analítica); lo esencial es atender a los dictados de la razón (filosofía aristotélico-tomista).

⁴⁶⁴ GEORGE P., Robert: *Ley natural y naturaleza humana*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004. Pág. 604.

⁴⁶⁵ FINNIS, John: *Op. Cit.* Pág. 192.

Finnis no renuncia a sus antecedentes culturales e ideológicos, pero es bien consciente que ellos no son determinantes, y que tiene que ser fiel y consecuente con lo que su raciocinio va descubriendo y entretejiendo.

3.4. FINNIS, EL TOMISTA:

El conocimiento que tiene Finnis de la obra de Tomás de Aquino es verdaderamente comprensivo, lo que le permite dibujar, mediante citas, comentarios, relaciones y hasta críticas, con todo detalle y precisión, la grandiosa obra del Aquinate. El mismo Finnis así lo reconoció: “Writing this book required of me a wider and deeper acquaintance with Aquinas' works”.⁴⁶⁶

En su libro *AQUINAS, Moral, Political, and Legal Theory*, escrito en 1998, Finnis muestra su encanto y fascinación por la obra de Tomás de Aquino:

“Edifices as vast and elaborate as the *Summa Theologiae*, or as Aquinas' writings, taken as a whole, can call to mind the Gothic cathedral. The hundreds of cathedrals and great abbeys which were completed in Aquinas' lifetime, many of them in or near Paris, were among the loveliest of that supremely complex and powerful style. They make manifest the intelligence, energy, and strength of the individuals who conceived them, and the societies that built them, amid all the weaknesses, injustices, and disorder of the age. But if Aquinas was interested in the architectural developments of his time, he does not say so. *Claritas* –lucidity, splendour– is central to his thoughts about beauty, but the incomparable luminescence of the Gothic stained-glass windows is as absent as the Holy Roman Empire from his writings. Some of his main philosophical positions are nearer to Plato's than to Aristotle's (and it is said that he wanted to do a commentary on the *Timaeus*, the only available work of Plato's). But his philosophical discourse, though subtle and not without moments of eloquence, is very remote from the imaginative play of Plato's dialogues. Aquinas intended all his work to emulate and surpass Aristotle's in persuading simply by its lucidity, by its clear statement of straightforward *reasons*, free from subtext and any esoteric purpose or ‘art of writing’. Even his religious poetry, while dense in allusion, minimizes symbolism and appeals directly to intellect. Still, a keen sense of rhythm discreetly governs his prose, which achieves elegance by artful simplicity and a word-order designed to articulate the propositional structure, the sequence of thought, the emphases required by the underlying argument.

“In questions of philosophy, Aquinas was quite willing to be an innovator, and to take and defend a position which virtually everyone, even friends and confrères, thought seriously mistaken and dangerously misleading. Almost no one, for example, agreed with his notion that the human soul – intellectual, animal, and vegetative all in one– is the form, the intrinsic organizing principle, of the human body and of every level of one's life, one's

⁴⁶⁶ Citado por Robert Pasnau, de la Universidad de Colorado, al hacer la reseña del libro “*Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*” de John Finnis. Libro publicado por Oxford University Press, en 1998.

reality. (Only later did this conception of the distinctively human unity of body and soul win the favour it deserves.) But more often he was content to restate coherently a philosophical and theological tradition already two millennia long; the help persons can give each other in reaching the truth includes, above all, the great help one can get from all one's predecessors.”⁴⁶⁷

Sin embargo, Finnis no pretende tomar sin más, como argumento de autoridad, a Tomás de Aquino en la elaboración de su teoría del derecho natural, sino simplemente, como él mismo lo afirma, citar a Tomás de Aquino como un pensador más, dentro de la pléyade de pensadores de diversas corrientes y tendencias que cita en su obra y que no duda tampoco en criticar. “Así que puede ser conveniente puntualizar que en este libro no se afirma ni se defiende nada apelando a la autoridad de ninguna persona u organismo. Sí me refiero con bastante frecuencia a Tomás de Aquino, porque desde todo punto de vista ocupa un lugar estratégico único en la historia del pensamiento iusnaturalista... Pero, aunque hay un lugar para apelar a la autoridad y mostrarle deferencia, ese lugar no está en la discusión filosófica sobre los méritos de las teorías o sobre las respuesta correcta a los problemas prácticos, y por ende no está en este libro.”⁴⁶⁸

Finnis usa las herramientas tomistas para explicar y diferenciar la razón especulativa de la razón práctica. Y así, como dice Robert P. George, “las proposiciones sobre los bienes humanos primarios no se derivan de proposiciones sobre la naturaleza humana o de toda otra proposición de motivo especulativo, como explica Tomás de Aquino con total claridad, y nunca deja de decir que son *per se nota e indemostrabilia*. Ya que llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, de las que llegamos a saber conociendo sus actuaciones, que a su vez conocemos mediante el conocimiento de sus objetos, y los objetos... son precisamente los bienes humanos primarios (por lo tanto convengamos en que un adecuado y completo conocimiento de la naturaleza humana deriva de nuestro conocimiento práctico y no derivado –*naturaleza per se*- de los bienes humanos).”⁴⁶⁹

3.5. TEORÍA FINNISIANA DE LA LEY NATURAL

La teoría de Finnis sobre la ley natural está expuesta en su libro *Natural Law Natural Rights*. En este trabajo, me baso en la traducción que de dicha obra realizó el Profesor Cristobal Orrego S., en 1979, y editada en Buenos Aires, Argentina, por Abeledo-Perrot, bajo el título *Ley Natural y Derechos Naturales*.

En una apretada y preliminar síntesis, podría decir que la teoría finnisiana es ésta: la razón práctica capta ciertos formas o valores básicos, mismos que son

⁴⁶⁷ FINNIS, John, *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Ed. Oxford University Press. 1998. Reimpresión 2004. Pág. 13-14

⁴⁶⁸ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*; Op. Cit. Pág. 34

⁴⁶⁹ GEORGE P., Robert: *Op. Cit.* Pág. 604.

evidentes e inconmensurables, y pre-morales. Al captarlos, la razón formula juicios para la realización de tales valores. Estos juicios ya son morales porque prescriben lo que debe hacer la persona para realizarse como tal. Estos juicios son los principios básicos de la razón práctica. Los principios de la razón práctica son, como las formas o valores básicos, igualmente inconmensurables, por lo que no existe jerarquía alguna objetiva entre ellos. La actuación del individuo guiado por estos principios lo lleva a relacionarse con otros individuos, otros grupos y finalmente con una comunidad completa. Las relaciones de coordinación en esta comunidad completa sólo pueden llevarse adelante mediante normas emanadas de una autoridad que promueva las condiciones necesarias para la realización plena de los integrantes de esa comunidad. Esto es, el bien común.

Por lo tanto, para Finnis, el derecho natural no está en la naturaleza como objeto del conocimiento, sino en la captación, por el simple ejercicio de la razonabilidad práctica de las formas básicas de bien, y en los juicios prácticos que siguen a dicha captación. Estas formas básicas de bien no necesitan demostración – son evidentes. Y, por lo tanto, son universales, y no dependen de cultura o circunstancia histórica alguna. El derecho positivo, es decir, las normas para la coordinación de los individuos en una comunidad completa son especificaciones y/o determinaciones de los principios de la razonabilidad; esto es, de la ley natural, tal y como lo señaló la doctrina clásica del derecho natural.

Esta teoría la formula Finnis abriéndose paso, con una exposición argumentativa robusta que se va imponiendo a las críticas en contra de teorías iusnaturalistas desfiguradas o también de representantes del iusnaturalismo que desprendieron interpretaciones poco plausibles de la obra de Tomás de Aquino, y los llevaron a conclusiones vulnerables a dichas críticas. Finnis arremete con todo y contra todos los que, de alguna manera, han distorsionado la concepción de la ley natural, y contra todos los que evitan, intelectual y prácticamente, comprometerse con lo específico de la teoría iusnaturalista.

El propósito de Finis en *Natural Law and Natural Rights* no es, como él mismo lo dice: “Ningún intento por proporcionar una exposición ordenada de la larga historia del pensamiento sobre la ley natural y los derechos naturales... mi primera preocupación es proporcionar mi propia respuesta a esos problemas, mencionando otras teorías solamente cuando pienso que ellas pueden tanto iluminar la teoría presentada en este libro como ser iluminadas por ella”.⁴⁷⁰ Así mismo, afirma que su libro “Desarrolla o expone una teoría de la ley natural, pero no versa sobre esa teoría. Tampoco versa sobre otras teorías. Se refiere a otras teorías sólo para iluminar la teoría desarrollada aquí, o para explicar por qué algunas verdades sobre la ley natural han sido ignoradas u oscurecidas de diversas maneras y en diversas épocas. El libro no entra en discusiones acerca de si las doctrinas de la ley natural han ejercido una influencia conservadora o radical en la política occidental, o acerca de los supuestos orígenes psicológicos (infantiles) de tales doctrinas, o acerca de la pretensión de que algunas o todas las doctrinas específicas sobre la ley natural

⁴⁷⁰ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*; Op. Cit. Pág. 33

son sostenidas hipócritamente, arrogantemente, o como un disfraz o vehículo de expresiones de fe eclesiástica. Porque ninguna de estas discusiones tiene influencia real alguna sobre la cuestión de si existe una ley natural y, si existe, cuál es su contenido. Igualmente irrelevante para esa cuestión es la afirmación de que la falta de fe en la ley natural produce un amargo fruto. Nada en este libro ha de ser interpretado como si favoreciera o como si negara tales afirmaciones; el libro simplemente prescinde de todos esos asuntos.”⁴⁷¹

No podría ser de otra forma siendo Finnis un seguidor de la filosofía analítica. ¿Para qué entrar en otros problemas que simplemente no corresponden al uso común, natural, material del lenguaje cuando se quiere significar qué es la ley natural?

3.5.1. El objeto de la ciencia del derecho y/o “Caso Central”

En consecuencia con los principios de la filosofía analítica, el “significante” —en este caso el término “derecho”— tiene que tener un “significado”; una realidad a la que de manera específica le corresponda el primero.

Un aristotélico-tomista no deambularía por camino diverso: el concepto es abstraído de la realidad. Hay que tener a ésta ante sí para limpiarla de sus accidentes, y quedarse exclusivamente con su esencia, con su *quididad*. Y éstas son operaciones del intelecto. El inicio del camino de los analíticos es el final de la vía que recorrieron los tomistas.

Por lo tanto, el primer problema que se plantea Finnis es ¿de cuál derecho tenemos que hablar? Las concepciones del derecho no son uniformes. A lo largo de la historia se ha hablado, teorizado y polemizado sobre lo que es o debe ser el derecho. Pero la unanimidad sobre este concepto no ha sido la nota característica. Quizás las dos tendencias que se han jugado la titularidad sobre la teoría del derecho a lo largo de la historia han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo⁴⁷², y dentro de cada una de ellas, ideas con matices diversos que llevan a conclusiones para nada uniformes ni congruentes dentro de sus propias corrientes.

“Un teórico desea describir el derecho como, por ejemplo, una institución social. Pero las concepciones del derecho (y de *jus*, *lex*, *droit*, *nomos*,...) que las personas han tenido en mente y han usado para determinar su propia conducta son bastante diversas. La materia para la descripción del teórico no viene pulcramente delimitada de otras características de la práctica y vida social.”⁴⁷³

⁴⁷¹ *Ibidem*. Pág. 59.

⁴⁷² MOYANO PREGAL, Cecilia: *Op. Cit.* Señala que para la concepción clásica, el caso central es la ley justa; en cambio para el positivismo es simplemente la ley. Pág. 2.

⁴⁷³ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*; *Op. Cit.* Pág. 38.

Si, por tanto, no existe un consenso sobre lo que es derecho ¿qué tiene que hacer el teórico –Finnis en este caso- para llegar a determinar la materia de su descripción; esto es “el derecho” sobre el cual va a discurrir su análisis? Encontrar, en la realidad que se nos da de lo jurídico, el caso central del derecho.

Siguiendo la metodología analítica, Finnis analiza lo que en nuestros tiempos se ha considerado que es el derecho; y sostiene que incluso los primeros teóricos analíticos –Betham y Austin- primero exponen su concepción del derecho y después tratan de explicar que la realidad se ajusta a esa definición. Es decir, existe una preconcepción, sin fundamento en la realidad, que los lleva a justificar más que a explicar su respectiva definición del derecho. Y ello no es propio del método analítico. “Los dos tratan de mostrar cómo los datos de la experiencia jurídica pueden ser explicados en términos de esas definiciones. Pero las definiciones están simplemente puestas al principio y después se dan por sentadas.”⁴⁷⁴

Tampoco Kelsen, según Finnis, logra evadirse de la trampa de la preconcepción del significado del término “ley”. Kelsen concibe el derecho como una técnica social para conseguir la conducta deseada por la autoridad mediante la imposición de una sanción. Y trata de encontrar esta “esencia” en todas las comunidades, desde la “*tribu de negros bajo el mando de un jefe despótico*” hasta “*la constitución de la república Suiza*”⁴⁷⁵. Kelsen también basa su teoría no sobre la descripción del significado, de la realidad, sino sobre el significante y después justificarlo con realidades a las que pueda significar. “... uno determina la extensión del objeto significado por la palabra entendida según el uso lingüístico que uno ha seleccionado previamente (sin dar explicaciones). Después uno busca ‘un elemento común’. Este *único elemento común* es el criterio que define la ‘esencia’ del derecho (*law*) y, por ende, el *único aspecto* usado para caracterizar y para explicar descriptivamente la totalidad del objeto. Tenemos, por tanto, un solo concepto que puede ser predicado igualmente y *en el mismo sentido* (*i.e.* unívocamente) de todo lo que, según un uso lingüístico preteorético (que el teórico permite que determine su uso teorético), alguien estaba dispuesto a llamar ‘derecho’ (*law*).”⁴⁷⁶

Para Finnis, Hart logra un análisis mejor, al describir los fines del derecho: conjunto de reglas para orientación de los funcionarios y ciudadanos en general con el objetivo de garantizar la supervivencia de una sociedad. Que esto implique, además, la aplicación de sanciones es complementario, pero no esencial al derecho, como pretende Kelsen. La finalidad del derecho es determinante para Hart. “Un sistema jurídico es un sistema en el cual unas reglas ‘secundarias’ han aparecido *con el fin de* remediar los *defectos* de un régimen pre-jurídico que contiene solamente ‘reglas primarias’. El derecho debe establecer sanciones y un contenido mínimo de

⁴⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 38.

⁴⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 39.

⁴⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 40.

reglas primarias *con el fin de* garantizar la supervivencia de la sociedad o de sus miembros y para darles a éstos *una razón práctica para* la conformidad con él.”⁴⁷⁷

Igualmente, Raz hace hincapié en los fines del derecho: normas para coordinar conductas, resolver controversias y reparar el daño autoritativamente, a las cuales se sujetan por igual autoridad y súbditos. Y en esto precisamente difiere el derecho de otros sistemas normativos en los que la discrecionalidad no tiene medida. Finnis dice que “para Raz... el derecho... es un sistema de normas que proporciona un método (*i.e.* una técnica) para resolver controversias autoritativamente, por medio de normas que a la vez (*a*) proporcionan orientación vinculante para las ‘instituciones primarias’ (las cuales resuelven las controversias mediante ‘determinaciones aplicadoras vinculantes’) y (*b*) también (‘exactamente las mismas normas’) orientan a los individuos cuyo comportamiento es susceptible de ser valorado y juzgado por esas instituciones... Se concluye, naturalmente, que las sanciones y su imposición por la fuerza, lejos de ser el criterio específico para identificar el derecho como orden social, no son ‘una característica que forme parte de nuestro concepto de derecho’... las funciones del derecho relativas a la coordinación, la resolución de controversias y la reparación de daños, requerirían un orden social *plenamente* jurídico incluso en ‘una sociedad de ángeles’ en la que no habría lugar las sanciones”.⁴⁷⁸

También para Lon Fuller, de acuerdo a Finnis, el derecho es un orden social. Fuller hace hincapié en que el derecho se distingue de otras instituciones sociales en la generalidad de sus reglas y por el hecho de que la autoridad también está sometida a esas reglas. Esto es lo que realmente hace diferente al derecho de cualquier otra determinación discrecional de la autoridad, como puede ser la gestión gerencial del estado. “El derecho se distingue de tal dirección gerencial en parte por la generalidad de sus reglas más importantes, y sobre todo por el hecho de que sus funcionarios están obligados a aplicar las reglas que ellos mismos han anunciado previamente a sus súbditos. Existe, por tanto, un componente esencial de colaboración y reciprocidad en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas que, en cuanto distintas de las meramente gerenciales son jurídicas.”⁴⁷⁹

Todas estas teorías señaladas por Finnis, como él mismo lo indica, son descriptivas de la realidad. No están regidas por ningún aspecto valorativo-subjetivo. Y, sin embargo, son distintas. La diferencia está en el énfasis que cada teórico analítico pone en lo que él considera más importante y significativo. “Es obvio, por tanto, que las diferencias en la descripción derivan de diferencias de opinión, entre los teóricos descriptivos, respecto de qué es *importante* y significativo en el campo

⁴⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 41-42.

⁴⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 41.

⁴⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 42-43.

de experiencia y de datos con el que todos ellos por igual están plenamente familiarizados.”⁴⁸⁰

Negar las diferencias, sería tanto como desconocer la realidad que se está examinando. Pero afirmar que diversas realidades son iguales sólo porque contienen un rasgo común, como pretende Kelsen (mando despótico en una tribu y la constitución suiza) es demasiado simplista. “Esta insistencia en un significado completamente unívoco de los términos teóricos, que conduce a buscar un mínimo común denominador o un máximo factor común o el ‘único elemento común’, fue atacada directamente por Aristóteles, y es abandonada a sabiendas por Hart y por Raz”.⁴⁸¹

Por tanto, la solución no es desconocer que existen aspectos diversos, sino encontrar el “significado focal” del derecho. Es decir, y en eso hay plena coincidencia con Aristóteles y Santo Tomás, determinar el analogado principal: esa realidad significada que detenta al cien por ciento lo señalado en el significante. Es el caso “*simpliciter*” lo que hay que encontrar y someter a estudio. Los casos “*secundum quid*” (analogados por proporción o por atribución o, en la terminología finnisiana: “casos periféricos o liucados”) no deben ser excluidos, pero sólo encuentran su razonabilidad, su explicación, en su relación con el “significado central o focal”. “... prefiero llamar *caso(s) central(es)* a los estados de cosas a que se refiere un concepto teórico según sus significado focal... uno puede diferenciar lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado (*the flourishing*) de lo corrompido, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice ‘con propiedad’, ‘sin restricciones’ y ‘hablando de modo absoluto’ (*simpliciter*) de lo que se dice ‘en cierto sentido’, ‘por decirlo así’ y ‘de algún modo’ (*secundum quid*) –pero todo esto sin ignorar ni desterrar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo ‘en un sentido restringido’ o bien ‘en un sentido ampliado’”.⁴⁸²

3.5.1.1. El punto de vista práctico

Sin embargo, ¿qué es lo que debe determinar un significado focal o un caso central? Para los teóricos descriptivos señalados por Finnis, lo descrito por ellos era “el caso central”. Pero no pueden existir tantos “casos centrales” como teóricos discurren sobre ellos. Es decir, la materia de la ciencia, la realidad significada sólo puede revelarse como una. De lo contrario su significación carecería de sentido, y, consecuentemente, de inteligibilidad. Si algo da lugar para decir de él muchas y distintas cosas, es porque carece de identidad. Esto es, de realidad y, por eso, no puede ser entendido.

⁴⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 43.

⁴⁸¹ *Ibidem*. Pág. 44.

⁴⁸² *Ibidem*. Pág. 44-45.

Para Finnis, el criterio que determina el significado focal o caso central es el punto de vista práctico. “Práctico” entendido con referencia a la acción. Es decir “el pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos y, en general, al actuar. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo (cuyos fines no son prácticos) debe proceder, en su indispensable selección y formación de conceptos, adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada.”⁴⁸³

3.5.1.1.1. La moral: el caso central del punto de vista interno

Finnis prefiere, en lugar de “moral”, usar los términos “razonabilidad práctica”. Por lo tanto, repite: “Si hay un punto de vista en el cual la institución del ‘imperio del derecho’ (*Rule of Law*), y la conformidad con reglas y principios de derecho según su tenor, son consideradas como exigencias al menos presuntivas de la misma razonabilidad práctica, tal punto debería ser usado como modelo de referencia por el teórico al describir las características del orden jurídico”.⁴⁸⁴

Finnis analiza los criterios prácticos usados por Hart y Raz. El primero parte de un “punto de vista interno”, es decir, el punto de vista de aquellos que “no ‘se limitan a registrar y predecir la conducta que se conforma a las reglas’, o que no prestan atención a las reglas ‘solamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo’, sino que más bien ‘usan las reglas como criterios para valorar su conducta y la de los demás’”.⁴⁸⁵ Es decir, el punto de vista externo es el que considera a las normas como objeto, sin compromiso personal, haciendo descripción de ellas y viéndolas como coactivas, y en base a ello, y sólo en la medida de la aplicación concreta de la coacción, llegan a ser derecho. En cambio, el punto de vista interno es el “jurídico”, el que considera la motivación o intención de quien cumple las normas. Hart y Raz “reconocen que el punto de vista “interno” o “jurídico”... es una amalgama de puntos de vista muy diferentes. ‘La lealtad al sistema puede basarse en muchas consideraciones diferentes: cálculos de interés a largo plazo; interés desinteresado en los demás; una actitud irreflexiva heredada o tradicional; o el mero deseo de obrar como otros obran’”.⁴⁸⁶

⁴⁸³ *Ibidem*. Pág. 46.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 48.

⁴⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 46.

⁴⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 46.

Por lo tanto, es necesario identificar, dentro del “punto de vista interno” el caso central de los casos periféricos. Porque ni el interés propio como motivo para observar el derecho, ni la simple tradición de cumplir las normas pueden dar respuesta a la necesidad sentida por todos de que “el derecho tiene... la función elemental de subordinarlo (el interés propio) a las necesidades sociales.”⁴⁸⁷

Y los intereses, decisiones y actividades de los individuos de toda sociedad muestran que se someten a un orden jurídico no por temor a la sanción, como señala Kelsen, ni por tradición o por puro interés desinteresado por los demás, como pretende Hart y Raz, sino por una exigencia de justicia. Los hombres conciben las normas jurídicas como válidas para conseguir un orden social seguro. Y el cumplimiento de las mismas, en consecuencia, una exigencia de la razonabilidad práctica. Por lo tanto, el punto de vista interno desde el cual considerar el significado focal o caso central será el de la razonabilidad práctica. “Si hay un punto de vista en que la obligación jurídica sea tratada, al menos presuntivamente, como obligación moral... un punto de vista en que el establecimiento y mantención de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, si no una apremiante exigencia de justicia, entonces tal punto de vista constituirá el caso central del punto de vista jurídico. Porque solamente desde un punto de vista tal es de primordial importancia que sea puesto en la existencia el derecho en cuanto distinto de otras formas de orden social, y así llegue a ser objeto para la descripción del teórico.”⁴⁸⁸

“En relación con el derecho, las cosas más importantes que el teórico ha de conocer y describir son las cosas que, a juicio del teórico, hacen importante desde un punto de vista *práctico* tener derecho.”⁴⁸⁹

Siendo, pues, el caso central del punto de vista interno, el de las exigencias de la razonabilidad práctica, se debe analizar y tener por objeto del conocimiento la propia razonabilidad práctica.

3.5.1.1.2. El hombre sabio

Si el criterio o punto de vista para determinar el caso central en la materia a estudio, como se ha dicho ya, es la razonabilidad práctica, necesariamente hay que tratar lo moral. “El tipo ideal, cuyo punto de vista debe adoptarse, es el de aquel que no sólo invoca la razonabilidad práctica, sino que la vive. Esa persona que constituye el standard adecuado para el científico, se identifica con el hombre virtuoso al que Aristóteles denomina *spoudaios*. Él está en condiciones de saber cuándo una regla merece crédito moral como medio para favorecer la consecución del bien común y cuándo, en cambio, la presunción de obligatoriedad moral debe

⁴⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 47.

⁴⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 48.

⁴⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 50.

ceder, pues nos encontramos frente a una ley injusta. Quien mejor advierte la injusticia es el conocedor de la justicia.

“Todo esto nos trae de vuelta a la noción de justicia. Porque para el *spoudaios* el caso central del derecho es la ley que promueve el bien común, es decir, la ley justa. Esta aceptación de la figura aristotélica del hombre virtuoso se apoya en la existencia de bienes morales y en la capacidad inherente del hombre de conocerlos.”⁴⁹⁰

Y la cuestión que surge de inmediato desde el campo positivista es ¿cómo llevar a cabo una teoría científica desde una perspectiva moral, cuando no existe criterio, “caso central”, que nos determine cuál moral es la correcta? En otras palabras, la objeción del positivismo en contra de la “Ley natural” es la de hacer imposible un estudio científico del derecho, de la norma positiva, porque el teórico no podría sino darle un contenido moral propio, haciendo (i) o que el relativismo fuera la bandera de las posiciones iusnaturalistas: dependiendo de la moral dependería el contenido normativo; o (ii) absolutizando las leyes, y, por tanto, impidiendo, la solución circunstancial e histórica de advenimientos y sucesos sociales concretos.

Y, en consecuencia, el teórico descriptivo, que va a usar el punto de vista práctico, tiene que encontrar cuáles son las exigencias de la razonabilidad práctica. De lo contrario no podrá descubrir lo que realmente hace importante que exista un orden jurídico. Sin embargo, “el punto de equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva es alcanzable sólo por alguien en quien un amplio conocimiento de los datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de las preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica.”⁴⁹¹

Con lo anterior, Finnis introduce el tema del hombre sabio: no cualquiera puede llegar a determinar lo que corresponde al derecho. Sólo aquel que ha alcanzado un juicio correcto sobre la realización del ser humano.

Tal vez éste sea el paso en el que Finnis se descuelga de un posicionamiento analítico a los terrenos de la metafísica aristotélica-tomista. La determinación del punto de vista para identificar el caso central puede todavía corresponder y entrar dentro de los márgenes de la analítica. Aunque comienza a percibirse un balanceo hacia la perspectiva subjetiva: ya no es la realidad la que va a conformar la descripción, sino que esa descripción va a estar en cierto modo determinada por el punto de vista del teórico. No obstante que todavía Finnis indique que dicho punto de vista está condicionado por la realidad de las decisiones de quienes hacen y se conforman a la realidad de unas normas que consideran válidas para la paz social.

⁴⁹⁰ MOYANO PEGRAL, Cecilia, *Op. Cit.* Pág. 4.

⁴⁹¹ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*; *Op. Cit.* Pág. 51

3.5.1.2. *La realidad significada*

El teórico analítico tendría que mantenerse en la realidad significada y describir esas decisiones y acciones de los actores y sujetos del derecho para determinar el caso central. Sin embargo, ello llevaría, como bien lo intuyó Finnis, o a una absolutización de lo parcial, como hizo Kelsen al afirmar que el caso central estaba en la sanción; o a deambular en la relatividad según cada teórico vea una importancia mayor o menor a los aspectos descriptivos de la materia que estudia, en este caso, del derecho.

La metafísica aristotélico-tomista, como ya dijimos, parte por supuesto de la realidad, y mediante una operación de la mente, abstrae la esencia de esa realidad, no mediante una disección material, sino a través de prescindir de lo sensible y captar sólo lo inteligible, y conformar así el concepto de esa realidad aplicable a cualquier otro ente con la misma esencia. El concepto no es el término oral significante de la realidad. Pero todo término necesariamente tiene una relación con el concepto. En otras palabras: el término es un medio para poder significar la realidad abstraída en el concepto. Diversos términos pueden hacer eso, sin que ello implique modificación del concepto. En este sentido, aún contra todo lo supuesto por los positivistas, en el tomismo la realidad rige la mente y no a la inversa.

Por eso Finnis tiene que fugarse del margen estrecho del positivismo. Dentro de él sólo podría, como ya se dijo, o absolutizar lo relativo; o deambular en el relativismo, sin conseguir determinar qué teoría o cuál teórico es el más sólido y el que puede tener mayores visos de haber captado la realidad tal y como ésta se presenta.

En las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias naturales, sí es fundamental la subjetividad. En un laboratorio de zoología o botánica se puede prescindir por completo del sujeto. El científico sólo tiene que preocuparse de diseccionar y describir cada una de las partes y todas y cada una de las características del objeto que tiene bajo su vista directa o a través del microscopio. En las ciencias sociales la relación sujeto-objeto forma la trama a estudio. De ahí que sea indispensable poner como materia de estudio lo que es el hombre y los mecanismos que lo llevan a actuar, a decidir por una acción en lugar de otra, a comportarse de un modo y no de otro ante una determinada circunstancia.

Y éste, precisamente, es el punto en el que Finnis postula la necesidad de descubrir las exigencias de la razonabilidad práctica. Porque sólo así, en esa relación sujeto-objeto, podrá determinar el caso central o significado focal de la materia a estudio: el derecho.

Finnis señala que los “severos repudios”⁴⁹² que Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart y Raz hicieron a la teoría de la ley natural, se basaron en algún punto de vista práctico que no era el central. Ya que una “teoría sólida de la ley natural es

⁴⁹² *Ibidem*. Pág. 51.

aquella que explícitamente... emprende una crítica de los puntos de vista prácticos para distinguir lo no razonable prácticamente de lo razonable prácticamente, y así diferenciar lo realmente importante de lo que no es importante o sólo es importante por su oposición a, o por una explotación no razonable de, lo realmente importante. Una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual.”⁴⁹³

Como ya se ha mencionado antes, hacer una ciencia descriptiva del actuar humano, con un punto de vista interno, implica un conocimiento amplio y correcto de la antropología, y, en particular, de las exigencias de la razonabilidad práctica. Por lo que llevar a cabo una teoría de la ley natural “...no puede proceder con seguridad sin un conocimiento del entero espectro de las posibilidades y oportunidades, inclinaciones y capacidades, del ser humano, un conocimiento que exige el apoyo de la ciencia social descriptiva y analítica. Hay así una mutua, si bien no del todo simétrica, interdependencia entre el proyecto de describir los asuntos humanos por vía teórica y el proyecto de valorar las opciones humanas con vistas, remotamente al menos, a actuar razonablemente y bien. Las valoraciones no se deducen de ninguna manera de las descripciones; pero es poco probable que alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado juzgue bien al discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. Del mismo modo, las descripciones no se deducen de las valoraciones; pero sin las valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadores y significativas”.⁴⁹⁴

3.5.2. Críticas a las críticas de la ley natural

Sentadas las pautas metodológicas, Finnis pasa a delimitar y fijar la materia de estudio: ley natural. Primero anuncia que por “ley natural” debe entenderse: a) “los principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar”; y b) las “exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica... que distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto...”.⁴⁹⁵

Indudablemente que los dos componentes teóricos de la “Ley natural” que de manera preliminar fija Finnis, tienen que ver con la moral, entendida ésta como el obrar bien y evitar hacer el mal. Las exigencias de la razonabilidad práctica “proporcionan los criterios para distinguir entre actos que son (siempre o en circunstancias particulares) razonables-consideradas-todas-las-cosas (y no simplemente en relación-a-un-objetivo-particular) y actos que son irrazonables-

⁴⁹³ *Ibidem*. Pág. 51.

⁴⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 51-52.

⁴⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 57.

consideradas-todas-las cosas, *i.e.* entre modos de obrar que son moralmente rectos o moralmente desviados...”⁴⁹⁶

Ante esto, Finnis señala que la concepción de los positivistas sobre la ley natural es del todo infundada.⁴⁹⁷

Finnis presenta las imágenes distorsionadas de la teoría de la ley natural que han considerado algunos de los principales teóricos modernos:

Joseph Raz hace suya la versión kelseniana al decir que “según las teorías del derecho natural (*natural law theories*) no existe una noción específica de validez jurídica. El único concepto de validez es el de la validez según el derecho natural (*natural law*), *i.e.*, el de validez moral. Los iusnaturalistas sólo pueden juzgar una ley como moralmente válida, esto es justa, o como moralmente inválida, *i.e.*, incorrecta. No pueden decir de una ley que es jurídicamente válida pero moralmente incorrecta. Si es incorrecta e injusta, también es inválida en el único sentido de validez que ellos reconocen... Raz definirá más tarde a los ‘teóricos del Derecho Natural’ (Natural Law theorists) como ‘esos filósofos que consideran como criterio de aceptabilidad de las teorías del derecho que ellas hagan ver... que es una verdad necesaria que toda ley tiene valor moral’.”⁴⁹⁸

Kelsen “dice que es ‘un punto cardinal de la doctrina histórica del derecho natural... por más de dos mil años’ el intentar ‘fundar el derecho positivo en una delegación del derecho natural... Kelsen considera el intento como ‘lógicamente imposible’ basándose en que una delegación de ese tipo implicaría adscribir validez jurídica a normas no por razón de su justicia sino por razón de su origen en el delegado; y esto, a su vez, implicaría, dice él, que el delegado podría sobrepasar y ‘reemplazar’ el derecho natural, ‘en vista del hecho de que el derecho positivo no está, en principio, sujeto a limitaciones de... su... validez material’.”⁴⁹⁹

Kelsen también propaga “otra imagen engañosa, y no infrecuente, de la teoría del derecho natural propia de los juristas: Los maestros del derecho natural sostienen, en una versión que ha permanecido como estereotipo desde los padres de la Iglesia hasta Kant, que el derecho positivo deriva toda su validez del derecho natural; que es esencialmente una mera emanación del derecho natural; que la producción de leyes o la toma de decisiones no crea libremente, simplemente reproduce el verdadero derecho que está ya de alguna manera en la existencia... El

⁴⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 57.

⁴⁹⁷ Kelsen, Hart y Raz.

⁴⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 60.

⁴⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 61.

derecho positivo, dice él (Kelsen) es así tratado como una simple ‘copia’ del derecho natural”.⁵⁰⁰

H.L.A. Hart “ha dicho que ‘la teoría de la ley natural, en todos sus proteicos ropajes, pretende sostener que los seres humanos están igualmente dedicados a y unidos en su concepción de objetivos (la búsqueda del conocimiento, la justicia hacia los demás hombres) distintos del de la sobrevivencia’”.⁵⁰¹

La teoría de la ley natural según la cual el “deber” se deriva del “ser”.

Finnis considera que éstas son “caricaturas”⁵⁰² o “imagen distorsionada”⁵⁰³ del derecho natural, y señala que no conoce a “ningún filósofo que se ajuste, o se haya ajustado, a tal descripción, o que se vería obligado a tratar de defender ese tipo de propuestas teoréticas o metateoréticas”.⁵⁰⁴

3.5.2.1. *Contra Raz y Kelsen*

Finnis establece que lo que Raz y Kelsen dicen que es la teoría del derecho natural no tiene nada que ver con esta teoría. En primer lugar, por “la incapacidad de los críticos modernos para interpretar los textos de los teóricos del derecho natural en conformidad con los principios sobre la definición que esos teóricos han usado, en general, con plena conciencia y consistentemente.”⁵⁰⁵

En segundo lugar, porque el principal exponente de la teoría del derecho natural, Tomás de Aquino, expresamente afirma una delegación condicionada de la ley natural, y no incondicional, como lo quiere hacer ver Kelsen. Condicionada en el sentido de que la conexión entre el derecho natural y el positivo se da sólo “si (i) el derecho se origina de una forma que es jurídicamente válida (en el sentido especialmente restringido, puramente jurídico, de ‘validez jurídica’) y (ii) el derecho no es materialmente injusto ni en su contenido ni en circunstancias relevantes de su establecimiento positivo”.⁵⁰⁶

En tercer lugar, porque “Tomás de Aquino sostiene de hecho que el derecho positivo deriva su validez del derecho natural; pero simultáneamente muestra que *no*

⁵⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 61-62.

⁵⁰¹ *Ibidem*. Pág. 63.

⁵⁰² *Ibidem*. Pág. 62.

⁵⁰³ *Ibidem*. Pág. 63.

⁵⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 60.

⁵⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 60.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 61.

es una mera emanación o copia del derecho natural, y que el legislador goza de toda la libertad creativa de un arquitecto: la analogía es de Tomás de Aquino. Él piensa que el derecho positivo es necesario por dos razones, una de las cuales es que el derecho natural ‘ya de alguna manera en la existencia’ no proporciona por sí mismo todas o quizás ni siquiera la mayoría de las soluciones a los problemas de coordinación de la vida común.”⁵⁰⁷

Y, finalmente, porque contrario a lo que asegura Kelsen, Tomás de Aquino afirma que una de las funciones del derecho es obligar a la gente egoísta a actuar razonablemente. “Qué extraño resulta, entonces, leer que Kelsen encuentra aún otra ‘contradicción necesaria entre el derecho natural y el positivo’, esta vez ‘porque uno de ellos es un orden coactivo, mientras que el otro, idealmente, es no solamente no-coactivo, sino que de hecho tiene que prohibir cualquier coacción entre los hombres’.”⁵⁰⁸

En resumen, si Kelsen atribuye a los iusnaturalistas: (i) que la validez de la norma es sólo moral; (ii) que todo el derecho positivo deriva del derecho natural; (iii) que el derecho positivo se funda en una delegación del derecho natural; (iv) que la validez del derecho positivo deriva del derecho natural; y (v) que por ser un orden moral no es coactivo; todo ello “es una caricatura”.⁵⁰⁹ Porque si bien es verdad que “Tomás de Aquino sostiene de hecho que el derecho positivo deriva su validez del derecho natural,” también lo es que “muestra que no es una mera emanación o copia del derecho natural, y que el legislador goza de toda la libertad creativa de un arquitecto... Él piensa que el derecho positivo es necesario por dos razones, una de las cuales es que el derecho natural ‘ya de alguna manera en la existencia’ no proporciona por sí mismo todas o quizás ni siquiera la mayoría de las soluciones a los problemas de coordinación de la vida común... la otra... es la necesidad de compulsión, de forzar a la gente egoísta a actuar razonablemente”.⁵¹⁰

3.5.2.2. *Contra Hart*

En cuanto a Hart, Finnis señala que no conoce “a nadie que haya sostenido”⁵¹¹ que todos buscan la justicia. Es más, Finnis sostiene que Tomás de Aquino afirma que la ley natural no es cognoscible para todos. Cuando el Aquinate habla de “*principia per se nota*”, se refiere a unos principios que “son reconocidos por cualquiera que tiene uso de razón y suficiente experiencia para saber a qué se refieren, y en este sentido ‘no pueden, en cuanto principios generales (*in universali*),

⁵⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 62.

⁵⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 62-63.

⁵⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 62.

⁵¹⁰ *Ibidem*. Pág. 62.

⁵¹¹ *Ibidem*. Pág. 63.

ser eliminados del corazón humano... Equivale nada más que a decir que cualquier persona mentalmente sana es capaz de ver que la vida, el conocimiento, el compañerismo, la prole y otros pocos aspectos básicos de la existencia humana similares a éstos, son, en cuanto tales, buenos...”.⁵¹²

Sin embargo, Tomás de Aquino también reconoce que incluso estos principios evidentes o “implicaciones morales más elementales... son susceptibles de ser oscurecidas o distorsionadas en personas individuales y, en realidad, en culturas enteras, por prejuicio, inadvertencia, convencionalismo, la fuerza del deseo de determinadas satisfacciones, etc.”⁵¹³ Además, también siguiendo al Aquinate, “hay muchas cuestiones morales que solamente puede responder correctamente quien sea sabio y las examine atentamente”.⁵¹⁴

Lo anterior, no obstante, no significa que sólo los cultos y sabios pueden ser personas morales. Finnis, en las notas de este capítulo señala: “*La ley natural, o la moral, puede ser comprendida, aceptada y aplicada sin conocimientos de metafísica o antropología...* Tomás de Quino, *S.T.*, I-II, q. 58, a. 4c, es muy claro: nadie puede ser moralmente recto sin (a) una comprensión de los primeros principios del razonamiento práctico y (b) la razonabilidad práctica (*prudentia*), que aplica esos principios, razonablemente, a los compromisos, proyectos y acciones particulares; pero uno realmente puede ser moralmente recto sin sabiduría especulativa (*i.e.* teórica, conocimiento del ‘ser’), sin el conocimiento práctico del artesano (arte) y sin conocimiento especulativo (*scientia*).”⁵¹⁵

Finnis corrige a Hart sobre la visión teleológica que éste se formó de los iusnaturalistas, y lo manifiesta de esta forma: “La explicación de Hart sobre ‘la visión teleológica de la naturaleza’ es un poco extravagante -¿respecto de qué escritor serio ha sido verdad alguna vez que ‘las cuestiones sobre si [los eventos] ocurren regularmente y si *deben* ocurrir o si es *bueno* que ocurran no [eran] consideradas como cuestiones separadas’? En el pensamiento aristotélico ‘bueno’ no es usado jamás en general, de este modo...”⁵¹⁶

Hart, según Finnis, consideraba que en la concepción aristotélico-tomista “el estado óptimo no es el bien o fin del hombre porque él lo desea; más bien él lo desea porque ya es su fin natural.”... Pero tanto Aristóteles como Tomás de Aquino consideran que la ‘filosofía práctica’ (incluyendo la ética) es una investigación racional distinta de la metafísica; ambos sostienen claramente que en ética uno no

⁵¹² *Ibidem*. Pág. 64.

⁵¹³ *Ibidem*. Pág. 64.

⁵¹⁴ *Ibidem*. Pág. 64.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Pág. 85.

⁵¹⁶ *Ibidem*. Pág. 85-86.

busca explicaciones del tipo ‘A desea X porque es su fin natural’; más bien, uno está buscando razones para la acción que sean buenas en cuanto razones. Y Tomás de Aquino, por lo menos, es bastante explícito en afirmar que la búsqueda de buenas razones para desear y elegir y actuar llega a su término no en las proposiciones especulativas (*i.e.* teoréticas) de la metafísica, sino en los principios *prácticos* indemostrables que son evidentes (*per se nota*) y no necesitan una ulterior justificación explicativa, tal como ‘*la verdad es un bien que ha de buscarse...*’.”⁵¹⁷

Finnis concluye: “... el verdadero problema de la moral, y del fin o significado de la existencia humana, no está en discernir los aspectos básicos del bienestar humano, sino en integrar esos aspectos diversos en los compromisos, proyectos y acciones inteligentes y razonables que van a componer una u otra de las muchas formas admirables de vida humana. Y ciertamente no todos pueden captar estas cosas de manera firme y completa, para no hablar de ponerlas en práctica. El hecho de que haya controversia no es un argumento contra una de las partes en esa controversia. Una exigencia genuina de la razonabilidad práctica no es menos parte de la ley natural (para usar la expresión clásica) sólo porque no sea reconocida universalmente o sea activamente discutida.”⁵¹⁸

Finnis insiste en que lo realmente importante y fundamental es tomar decisiones que lleven a la realización de las formas básicas de bien, no porque éstas sean fines preestablecidos, sino porque son los bienes con los que se “topa” la razón en su operación de conocer y querer.

3.5.2.3. Contra la objeción de que el “ought” deriva del “is”

Por lo que se refiere a la crítica que basa su ataque a la ley natural en la derivación del “deber” del “ser”, Finnis transcribe la pregunta que se formula Julius Stone: “¿han mostrado los iusnaturalistas que ellos pueden derivar normas éticas a partir de hechos? Y la respuesta puede ser brusca: no lo han hecho, no necesitan hacerlo, ni los exponentes clásicos de la teoría soñaron con intentar alguna derivación de este tipo... Tampoco es verdad que para Tomás de Aquino ‘bien y mal son conceptos analizados y fijados en metafísica antes de ser aplicados en moral’. Por el contrario, Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos) son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre ‘la función de un ser humano’, ni son inferidos

⁵¹⁷ *Ibidem*. Pág. 109.

⁵¹⁸ *Ibidem*. Pág. 65.

de una concepción teleológica de la naturaleza. No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)".⁵¹⁹

Por lo tanto, Finnis niega rotundamente que la teoría de la Ley natural, por lo menos la expuesta por Tomás de Aquino, derive el "deber" del "ser". Y determina que Tomás de Aquino dejó completamente claro que el "criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza humana es la razonabilidad"⁵²⁰. Esto es, lo que es conforme a la razón, es bueno; lo que no, es malo. Por lo tanto, para Tomás de Aquino, según Finnis, "la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable".⁵²¹

"Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definan la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Uno no juzga que 'yo tengo (o todos tienen) una inclinación a aprender sobre las cosas' y entonces infiere que por ende 'el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido'. Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)".⁵²²

Esta objeción, "el argumento humeniano", es la más seria y devastadora en contra de la teoría iusnaturalista. "... su importancia histórica es que el vigor de su ataque puso fin a una línea de argumentación que por entonces había dominado las principales teorías de la ley natural durante 150 años o más"⁵²³. Es lógicamente, y también metafísicamente, incorrecto pasar de lo natural a lo valorativo, o hacer derivar lo debido de lo existente. "Hume está anunciando la verdad lógica, ampliamente enfatizada desde finales del siglo diecinueve, de que ningún conjunto de premisas no-morales (o, de modo más general, no valorativas) puede implicar una conclusión moral (o valorativa)".⁵²⁴

Finnis atribuye la popularidad de la objeción que imputa a la teoría de la ley natural la derivación del "deber" del "ser" a tres aspectos: (i) por la misma denominación de "natural"; (ii) porque la teoría estoica y otras de la ley natural,

⁵¹⁹ *Ibidem*. Pág. 66-67.

⁵²⁰ *Ibidem*. Pág. 69.

⁵²¹ *Ibidem*. Pág. 69.

⁵²² *Ibidem*. Pág. 67-68.

⁵²³ *Ibidem*. Pág. 75.

⁵²⁴ *Ibidem*. Pág. 70.

expuestas durante el renacimiento, sí hacen la derivación de que trata la objeción; y (iii) porque el mismo Tomás de Aquino, al establecer que existe analogía entre la virtud, en el sentido de que un ser está bien dispuesto según su naturaleza (es un ejemplar de su especie), con la virtud humana, en el sentido de que la virtud es lo conforme con la naturaleza del ser humano; y el vicio es “*contra naturam*”,⁵²⁵ dio pie a pensar en que aceptaba la derivación del “deber” del “ser”.

Pero Tomás de Aquino tuvo el cuidado de “dejar completamente claro... su orden de prioridades explicativas. El criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza humana es la razonabilidad. Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. *El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad...* En otras palabras, para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable.”⁵²⁶

3.5.2.3.1. Contextuización de la objeción humeana

Finnis analiza el texto de David Hume del cual se deriva la objeción, y lo cita textualmente: “En todos los sistemas de moral con los que me he encontrado hasta ahora, siempre he reparado en que el autor procede durante algún tiempo según el modo ordinario de razonar, y establece la existencia de un Dios, o hace observaciones respecto de los asuntos humanos; cuando de súbito me sorprende al descubrir que, en lugar de las usuales cópulas de proposiciones *es* y *no es*, no hallo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible; pero es, sin embargo, de gran importancia. Pues como este *debe*, o *no debe*, expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada; y al mismo tiempo que se dé una razón para lo que parece completamente inconcebible, cómo esta nueva relación puede ser deducción de otras que son enteramente diferentes de ella... esta pequeña atención... nos dejaría ver que la distinción entre el vicio y la virtud no está fundada simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón.”⁵²⁷

Finnis considera que existen dos interpretaciones del argumento, tal y como lo expresa David Hume en su Tratado de la naturaleza humana. La primera es la ya indicada: no puede derivarse lo normativo de lo fáctico. La segunda es una interpretación contextualizada en el ámbito humeano. En concreto, Hume pretendía refutar la tesis de su contemporáneo, Samuel Clark. Éste afirmaba que el actuar humano está regido por la razón intrínseca de las cosas. La realidad muestra que es mejor obrar de tal forma que se construya el bien de los demás, que buscar su

⁵²⁵ *Ibidem*. Pág. 69.

⁵²⁶ *Ibidem*. Pág. 69.

⁵²⁷ *Ibidem*. Pág. 70, citando a David Hume: *A Treatise of Human Nature*.

destrucción o su mal. Desconocer esta realidad es como desconocer la verdad evidente de la física de que el todo es igual que sus partes. Hume, según la interpretación contextualizada versus Clark, afirma que no es válido concluir que del conocimiento de una verdad –de una realidad– se pueda seguir una obligación.

En palabras de Finis: estas dos interpretaciones del pasaje de Hume antes citado son: (i) la que “considera que Hume está anunciando la verdad lógica, ampliamente enfatizada desde finales del siglo diecinueve, de que ningún conjunto de premisas no-morales (o, de modo más general, no valorativas) puede implicar una conclusión moral (o valorativa).”⁵²⁸ Y (ii) “la segunda interpretación sitúa el pasaje en su contexto histórico y literario, y lo ve como el remanente del ataque de Hume contra los racionalistas del siglo dieciocho (en especial Samuel Clarke).”⁵²⁹

En cuanto a la primera interpretación, el principio que defiende “es verdadero y significativo... el principio de que el *deber* no puede inferirse del *ser* conserva su validez.”⁵³⁰ Además, Finnis afirma tajantemente que la teoría que él expone no se basa en la naturaleza humana: “el argumento de este libro no se apoya, ni aún implícitamente, en el término ‘naturaleza humana’.”⁵³¹

Sobre la segunda interpretación, Finnis señala que ésta se centra “en la brecha que según Hume no puede ser salvada (y que tal brecha) *no* es la brecha entre lo fáctico y lo normativo, sino la brecha entre *cualquier verdad* (incluso una ‘verdad normativa’, una proposición verdadera sobre lo que es bueno o malo, correcto o incorrecto) y conclusiones sobre lo que debe hacerse que muevan.”⁵³² De acuerdo con Finnis, Clarke sólo conoció el razonamiento especulativo o teorético, y no el práctico. Por eso no pudo encontrar lo que Hume le critica: que la razón no puede mover la voluntad.

Finnis considera que la tesis de Clarke tiene su raíz en Hugo Grocio, y en los autores en que éste se basó: Suárez y Vázquez. Para estos dos últimos, el contenido de la ley natural es la conveniencia o inconveniencia del acto con relación a la naturaleza humana. Y que la obligación deriva esencialmente de la voluntad de “*un superior dirigid(a) a mover la voluntad de un inferior*”⁵³³ Por lo tanto “voluntaristas”.

⁵²⁸ *Ibidem*. Pág. 70.

⁵²⁹ *Ibidem*. Pág. 70.

⁵³⁰ *Ibidem*. Pág. 71-72.

⁵³¹ *Ibidem*. Pág. 82.

⁵³² *Ibidem*. Pág. 75.

⁵³³ *Ibidem*. Pág. 78.

3.5.2.3.2. Grocio, Suárez y Vázquez

Los antecedentes que tuvo Clarke, de acuerdo a Finnis, son *De Iure Belli ac Pacis* (1625), de Hugo Grocio, y las fuentes de éste: “*De Legibus* (1612) de Suárez y también el Comentario sobre Tomás de Aquino (1605) de Gabriel Vázquez.”⁵³⁴

La tesis de Grocio, ampliamente discutida con anterioridad en la teología “por lo menos desde mediados del siglo catorce”,⁵³⁵ puede resumirse de la siguiente manera: La inteligencia descubre lo que es conforme a la naturaleza y, por tanto, conveniente o bueno; lo que no está de acuerdo, es lo que debe evitarse. Por lo tanto, aún cuando Dios no existiera (*etiamsi daremus*) o no se ocupara del devenir de los hombres, éstos tendrían que hacer aquello que es conveniente (*conveniens*) a la racionalidad. Pero esta conveniencia con la racionalidad es la ley divina: Dios así creó el mundo. El mandato de la ley natural robustece y da certeza a la obligación de hacer aquello que está conforme a la racionalidad.

Grocio, en otras palabras, sostiene que el hombre es capaz de determinar qué cosas son convenientes o inconvenientes a su naturaleza. Por lo que, todo lo inconveniente es contrario al derecho de la naturaleza humana. Y, consecuentemente, prohibido por el autor de esa naturaleza. Por eso, aún y cuando Dios no existiera o no se preocupara del género humano, lo captado por la razón como conveniente a la naturaleza humana sería obligatorio. “Como lo expresó Grocio, ‘los actos debidos e indebidos se comprenden consiguientemente como necesariamente prescritos o prohibidos por Dios’, aunque seguirían siendo debidos o indebidos, aun si (*etiamsi daremus*) no existieran tales decretos divinos”.⁵³⁶

Grocio “alude a la respuesta que, a comienzos del siglo diecisiete, había llegado a ser corriente entre los teólogos filósofos: lo que es correcto e incorrecto depende de la naturaleza de las cosas (y de lo que *conveniens* respecto de tal naturaleza), y no de un decreto de Dios; pero la significación normativa o motivante de la corrección e incorrección moral, especialmente la obligatoriedad de la norma de lo correcto y lo incorrecto, depende fundamentalmente de que exista un decreto que exprese la voluntad de Dios de que lo correcto sea hecho (obligatoriamente) y lo incorrecto sea evitado (del mismo modo); como lo expresó Grocio, ‘Los actos debidos e indebidos se comprenden consiguientemente como necesariamente prescritos o prohibidos por Dios, aunque seguirían siendo debidos o indebidos, aún si (*etiamsi daremus*) no existieran tales decretos divinos”.⁵³⁷

⁵³⁴ *Ibidem*. Pág. 76.

⁵³⁵ *Ibidem*. Pág. 76.

⁵³⁶ *Ibidem*. Pág. 77.

⁵³⁷ *Ibidem*. Pág. 77.

Suárez y Vázquez se apartaron de lo establecido por Tomás de Aquino. Para éste, “lo decisivo, al discernir el contenido de la ley natural, es la propia comprensión de las formas básicas de bienestar humano (no-moral-aún) como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y por ende como que han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción hacia la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica...”⁵³⁸. Para los primeros, en cambio, lo decisivo es determinar racionalmente si el acto es conveniente o inconveniente a la naturaleza humana. Es decir, afirman que la operación de la razón es descubrir lo que es conveniente a la naturaleza racional del ser humano Y, en este aspecto, su tesis puede ser calificada de “racionalista”.

Para Finnis, una interpretación correcta de Tomás de Aquino, en cuanto a que las formas básicas de bienestar humano son fines, es la noción de *prudencia*: “un hombre no puede razonar correctamente en los asuntos prácticos, *i.e.* no puede tener *prudencia*, a menos que esté bien dispuesto hacia esos fines últimos: S.T., I-II,q.57, a.4c...”⁵³⁹

Suárez, por otra parte, acepta que el fundamento de la obligación es la voluntad. “Tomás de Aquino, en cambio, considera la obligación como la necesidad racional de algunos medios para (o forma de realizar) un fin u objetivo (*i.e.* un bien) de un tipo particular”.⁵⁴⁰

Las diferencias suareziana y de Vázquez se originan, según Finnis, en que Tomás de Aquino no fue explícito y ni siquiera completo en el establecimiento de los fundamentos del “deber” moral. ¿Por qué una acción debía realizarse y en qué se distinguía, si es que hubiera distinción, de la aplicación prudencial de los medios para conseguir un fin?⁵⁴¹

3.5.2.3.3. Coincidencias y Desaveniencias

Finnis resume de esta manera las coincidencias y divergencias entre la teoría tomista, la suareziana y la objeción humeniana: “(i) Aristóteles y Tomás de Aquino admitirían sin dificultad que el *deber* no puede deducirse del *ser*... (ii) Los dos estarían de acuerdo con la opinión de Hume según la cual el discernimiento especulativo de ‘relaciones eternas’, incluso de relaciones de ‘conveniencia respecto de la naturaleza humana’, deja abierta la cuestión de qué motivo tiene uno para regular sus actos según ellas. (iii) Tomás de Aquino deploraría tanto la confusión... de la obligación con el impulso o la influencia, como el hecho de que Hume no vea que la razón es un ‘principio activo’ porque uno es motivado en conformidad con su

⁵³⁸ *Ibidem*. Pág. 78.

⁵³⁹ *Ibidem*. Pág. 84.

⁵⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 78.

⁵⁴¹ *Ibidem*. Pág. 79.

propia comprensión de la bondad y deseabilidad de las oportunidades humanas... (iv) Tomás de Aquino rechazaría la asunción de Clark, Grocio, Suárez y Vázquez, según la cual los principios primarios y evidentes de la ley natural son principios morales... o que ellos son inicialmente captados como principios acerca de relaciones evidentes de conformidad con la naturaleza humana. (v) Tomás de Aquino, como Clarke y Hume, rechazaría la opinión de que la voluntad o el imperativo de un superior explica la obligación; como Hume, rechazaría la opinión de Clarke de que la obligación es esencialmente cuestión de evitar inconsistencias intelectuales; y finalmente rechazaría tanto la opinión de Hume de que es una cuestión de, o está intrínsecamente conectada con, un sentimiento peculiar, como igualmente, la reciente opinión neo-humana de que los enunciados de obligación son simplemente prescripciones que expresan un cierto tipo de compromiso o decisión.”⁵⁴²

3.5.3. Las Formas básicas

En la segunda parte de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis trata de las formas básicas de bien.

¿Qué son las formas básicas de bien? Son aquellos bienes fundamentales – básicos-, que en el ejercicio de la razón práctica son captados de forma inmediata, como tales, por ser autoevidentes, sin necesidad de demostración alguna. Se captan como bienes porque su realización personifica y/o realiza al ser humano.

Las formas básicas de bien son, de acuerdo, y en el sentido de lo dicho antes, valores. ¿Qué quiere decir Finnis cuando habla de “valor”, y qué cuando habla de “bien”? La distinción entre “bien” y “valor”, se da en relación a lo individual y general: “bien” dice relación con el individuo; y más concretamente como la referencia a un fin, o “como objeto determinado de un deseo”⁵⁴³. “Valor” dice relación con la generalidad: para todos y en toda circunstancia. El “valor” es un bien que puede ser realizado de manera generalizada en un número indeterminado de situaciones. Por ejemplo, el conocimiento. El conocimiento teórico es un valor. No en cuanto medio para obtener un fin, sino simplemente en cuanto tal. El conocimiento especulativo. El que implica la verdad; es decir, la coherencia entre cognoscente y conocido.

“Para trazar esta distinción entre ‘bien’, referido a un determinado objetivo o meta que uno está considerando como deseable, y ‘bien’, referido a una forma general de bien que puede ser participado o realizado de manera indefinidamente variadas en un número indefinido de situaciones, será útil reservar la palabra ‘valor’...”⁵⁴⁴

⁵⁴² *Ibidem*. Pág. 80.

⁵⁴³ *Ibidem*. Pág. 93.

⁵⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 93.

Pero todavía hay que hacer una distinción adicional: “los principios prácticos básicos”. La forma básica de bien (el bien en relación al fin individual), se denomina “valor” cuando la referencia a ese “bien” es generalizada, como valiendo para todos y en toda circunstancia. Ahora bien, para Finnis, el conocimiento es una “forma básica de bien”. Es “*algo bueno que vale la pena poseer.*”⁵⁴⁵

Esta expresión es la formulación del principio práctico (de la razón práctica) sobre qué hacer, “Los principios prácticos básicos, tales como que el conocimiento es un bien que se ha de buscar y que la ignorancia ha de ser evitada, no desempeñan el mismo papel que las reglas, en el razonamiento práctico o en la explicación y descripción del obrar inteligente. Un principio práctico básico sirve para orientar nuestro razonamiento práctico, y puede concretarse (más que ‘aplicarse’) en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos”.⁵⁴⁶

Las formas básicas de bien se realizan mediante las acciones que siguen a las decisiones de la razón práctica. Estas decisiones que indican cómo se debe actuar para realizar las formas básicas del bien son los principios prácticos que en la tradición filosófica occidental se han llamado: los primeros principios de la ley natural “porque nos dictan las nociones fundamentales de todo lo que uno podría razonablemente querer hacer, tener y ser.”⁵⁴⁷

3.5.3.1. Las Formas básicas no se derivan de la “naturaleza”

Finnis, para aclarar nuevamente que su teoría no hace derivaciones injustificadas, insiste en que no se trata de derivar estos valores básicos de la naturaleza del hombre. Pero acepta que tanto la antropología como la historia nos proporcionan ayuda y condiciones para determinar la lista de valores básicos. Así dice: “Los estudios antropológicos y psicológicos deber ser considerados como una ayuda para responder la presente cuestión –no, por cierto, por medio de ninguna ‘inferencia’ desde la universalidad de la ‘naturaleza humana’ a los valores (inferencia que sería simplemente falaz), sino por medio de un conjunto de indicios sobre la gama de actividades y orientaciones posiblemente valiosas abiertas para cada uno”.⁵⁴⁸

De acuerdo a Finnis, muchos han presentado una lista de valores básicos, sin mayor exigencia intelectual, cayendo en “el reduccionismo, la clasificación incoherente y la variedad desalentadora de listas”⁵⁴⁹. De ahí la importancia del rigor

⁵⁴⁵ *Ibidem.* Pág. 94.

⁵⁴⁶ *Ibidem.* Pág. 95.

⁵⁴⁷ *Ibidem.* Pág. 127.

⁵⁴⁸ *Ibidem.* Pág. 113.

⁵⁴⁹ *Ibidem.* Pág. 114.

intelectual que se debe establecer en este conocimiento de la forma en que actúa la razón práctica. Y de ahí también la valiosa ayuda que pueden proporcionar las ciencias a las que Finnis se ha referido anteriormente.

Pero de los resultados obtenidos por la antropología cultural o la psicología, no debe confundirse entre el hecho bruto de un impulso (o instinto o inclinación o tendencia) y “las formas de bien que alguien que posee tales impulsos puede pensar que vale la pena buscar y realizar, sobre la base no de que posee los impulsos sino de que puede ver el bien de tal búsqueda y realización.”⁵⁵⁰

O, de otra forma, hay una gran diferencia entre seguir un impulso y realizar una forma básica de bien. Porque ésta, como indica Finnis implica razonabilidad; y el primero, no. El instinto se agota en una acción; la forma básica de bien “nunca se realiza completamente ni se agota... con una vida entera, o con una institución o una cultura.”⁵⁵¹

Finnis se apoya en los estudios antropológicos, porque, si bien es verdad que “los estudiosos de la ética y de las culturas humanas muy comúnmente asumen que las culturas manifiestan preferencias, motivaciones y valoraciones tan amplias y caóticas en su variedad que no puede decirse que haya valores o principios prácticos que sean evidentes para los seres humanos, puesto que ningún valor o principio práctico es reconocido en todos los tiempos y lugares... aquellos filósofos que recientemente han buscado poner a prueba esta asunción, mediante el examen de la literatura antropológica (incluyendo las indagaciones generales similares realizadas por antropólogos profesionales), han encontrado con impactante unanimidad que esta asunción es injustificada”.⁵⁵²

Finnis señala que las investigaciones sobre las culturas coinciden en apuntar a determinados valores, que son en realidad las “*formas básicas de bien como ‘que-han-de-ser-buscadas’*”.⁵⁵³ Formas básicas, como el conocimiento, que son captadas por la inteligencia como principios indemostrables. No se trata de inferir de las situaciones culturales estos principios, sino, en todo caso, de señalar la coincidencia que existe entre lo observado en el comportamiento de los diversos pueblos y el resultado de la captación que hace el propio intelecto de las formas básicas de la propia realización.

De tales indagaciones, Finnis deduce que se pueden formular las siguientes afirmaciones de manera “bastante confiada. Todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida humana; en todas, la propia conservación es

⁵⁵⁰ *Ibidem.* Pág. 114.

⁵⁵¹ *Ibidem.* Pág. 116.

⁵⁵² *Ibidem.* Pág. 115.

⁵⁵³ *Ibidem.* Pág. 117.

generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción, y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida. Todas las sociedades humanas, consideran la procreación de una nueva vida humana como una cosa buena en sí misma salvo que haya circunstancias especiales. Ninguna sociedad humana deja de restringir la actividad sexual; en todas las sociedades hay alguna prohibición del incesto, alguna oposición a la promiscuidad desenfrenada y a la violación, algún apoyo a la estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales. Todas las sociedades humanas exhiben una preocupación por la verdad, a través de la educación de los jóvenes en materias no solamente prácticas (*i.e.* evitar los peligros) sino también especulativas o teóricas (*e.g.* la religión). Los seres humanos, que pueden sobrevivir a la infancia sólo gracias a la crianza, viven en o en contacto con una sociedad que invariablemente se extiende más allá de la familia nuclear, y todas las sociedades favorecen de algún modo los valores de la cooperación, del bien común por sobre el bien individual, de la obligación entre los individuos, y de la justicia dentro de los grupos. Todos conocen la amistad. Todos tienen alguna concepción del *meum* y del *tuum*, del título o propiedad, y de la reciprocidad. Todos valoran el juego, ya serio y formalizado, ya relajado y recreativo. Todos tratan los cuerpos de los miembros muertos del grupo de alguna manera tradicional y ritual diferente de sus procedimientos para deshacerse de la basura. Todas exhiben un interés respecto de los poderes y principios que deben ser respetados en cuanto sobrehumanos; de una forma u otra, la religión universal”.⁵⁵⁴

Estos valores descritos por la antropología nos ayudan, pero no fundamentan la lista de bienes básicos. Ésta la debemos descubrir cada uno en la autoreflexión, preguntándose a sí mismo “¿cuáles *son* los aspectos básicos de mi bienestar? Aquí cada uno... se encuentra solo con su propia captación inteligente de los primeros principios indemostrables (por evidentes) de su propio razonamiento práctico.”⁵⁵⁵

3.5.3.2. Objetividad de los valores

¿Pero los valores son objetivos? Es decir, ¿los valores son deseables porque son buenos, o porque son deseables es por lo que son buenos? Lo último es subjetividad; lo primero objetividad.

No debemos identificar objetividad con materialidad. Si bien es verdad que todos los entes físicos tienen objetividad, también existe un amplio mundo de entes sin corporeidad. Y éstos son tan objetivos como los primeros.

Ante el subjetivismo, Finnis establece que el “valor” no es, como piensan los escépticos, producto del deseo. Es decir la bondad no la impone mi deseo de conseguir ese bien: es bueno –es un valor- porque yo lo quiero. Sino que lo quiero porque tiene “valor”. Hay objetividad. No subjetividad.

⁵⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 115.

⁵⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 117.

“... El escéptico... arguye que nuestra creencia en la objetividad de los valores equivale a una creencia en ‘cosas’ muy extrañas, percibidas por una muy extraña facultad de ‘intuición’: todo muy sospechoso.”⁵⁵⁶

3.5.3.2.1. Contra el escepticismo

Finnis llama escépticos a todos aquellos que afirman la subjetividad de los valores, y refiere lo que piensan al respecto: “Nuestros juicios prácticos de valor, dicen, no son en último término más que expresiones de nuestros sentimientos y deseos; nosotros *proyectamos* nuestros deseos en los objetos, y *objetivamos* nuestros sentimientos sobre los objetos adscribiendo equivocadamente a esos objetos ‘cualidades’ tales como la bondad, el valor, la deseabilidad, la perfección, etc. Aquel que dice ‘el conocimiento es bueno y la ignorancia es mala’ puede pensar que está afirmando algo objetivo, algo que es correcto y que lo sería incluso si él no se diera cuenta del valor del conocimiento y estuviera contento con la ignorancia. En realidad (conceden los escépticos), algunas de tales creencias están incorporadas en nuestro pensamiento y lenguaje ordinarios. Mas cualquiera que piense esto de lo que afirma se encuentra, dicen, en un error. En realidad sus afirmaciones sólo expresan una preocupación subjetiva.”⁵⁵⁷

Para Finnis, el argumento de los escépticos es sólo desviativo: “el escéptico tiene la esperanza de suscitar una duda filosófica sobre lo que parece fuera de duda cuando uno está considerando la materia relevante en sí misma... Es obvio que un hombre que está bien informado, etc., simplemente está en una mejor situación (si las demás circunstancias son iguales) que un hombre que está confundido, engañado, y es ignorante...”⁵⁵⁸

Finnis rechaza que exista subjetividad en la comprensión del conocimiento como bien. Afirma que es “un juicio racional” y que “como tal, posee (a su modo) la perentoriedad de todos los otros juicios racionales. Constituye una crítica de mis simpatías o antipatías pasajeras. Es difícil jugar al tira y afloja con el principio práctico; puedo ignorarlo o rechazarlo, pero una y otra vez volverá a mi mente, y estará implícito en mis deliberaciones y en mi discurso, sorprendiéndome en mis incoherencias. Para evitarlo, tengo que ser arbitrario”.⁵⁵⁹

La refutación directa al escepticismo la hace Finnis al distinguir diversas clases de proposiciones: Unas son las que “se refutan a sí mismas ya porque son directamente autocontradictorias ya porque lógicamente implican su contradicción: por ejemplo, ‘yo sé que no sé nada; ‘puede demostrarse que nada puede ser

⁵⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 102.

⁵⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 101-102.

⁵⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 102.

⁵⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 103.

demostrado'; 'todas las proposiciones son falsas'.⁵⁶⁰ Hay otras "cuya emisión *de hecho* refuta su contenido. Un ejemplo de esta autorrefutación pragmática puede verse en alguien que canta 'no estoy cantando'. He aquí lo que podemos llamar inconsistencia performativa, esto es, inconsistencia entre lo que se afirma en un enunciado y los hechos que se dan en y por el acto de enunciarlo".⁵⁶¹

Y, finalmente, "hay proposiciones que no pueden ser coherentemente afirmadas, porque son *inevitablemente* falseadas al afirmarlas de cualquier modo... La proposición 'yo no existo' es inevitablemente falseada al afirmarla. Otro ejemplo de esta autorrefutación operacional es 'nadie puede unir palabras (u otros símbolos) para formar una frase'... Una proposición que se autorrefuta operacionalmente no puede ser coherentemente afirmada."⁵⁶²

Las afirmaciones y/o proposiciones de los escépticos son afirmaciones y/o proposiciones que se autorrefutan operacionalmente. Cuando dicen "que el conocimiento no es un bien (esta proposición) se autorrefuta operacionalmente"; en realidad están pretendiendo que esta proposición sea verdadera; y, por tanto, que tiene valor el afirmarla. "...quien hace una afirmación de este tipo (que el conocimiento no es un bien)... se encuentra implícitamente comprometido con la proposición de que él cree que vale la pena hacer su afirmación, y que vale la pena hacerla *qua* verdadera; está de este modo comprometido con la proposición de que él cree que la verdad es un bien que vale la pena buscar o conocer."⁵⁶³

Por eso, el escepticismo, del tipo y clase que sea, implica siempre una proposición autorrefutable. El escéptico no puede afirmar algo pretendiendo que tal afirmación sea verdadera. Para él no existe la verdad. Luego, ninguna de sus afirmaciones, si es coherente, puede ser verdadera.

3.5.3.2.2. El argumento de la objetividad

Pero si bien el argumento escéptico queda desvirtuado con lo dicho anteriormente, Finnis parece no estar todavía satisfecho con la prueba directa de que objetivamente "el conocimiento es un bien". Por eso señala lo siguiente: "Un juicio o creencia es objetivo si es correcto. Una proposición es objetiva si uno está justificado para sostenerla, ya porque hay pruebas suficientes en su favor, o fundamentos apremiantes, ya porque (para alguien que posee la experiencia y la inteligencia para comprender los términos en que está expresada) es obvia o evidentemente correcta. Y si una proposición parece ser correcta, y nunca podría ser coherentemente negada, estamos ciertamente justificados para afirmarla y para

⁵⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 104.

⁵⁶¹ *Ibidem*. Pág. 104.

⁵⁶² *Ibidem*. Pág. 104-105.

⁵⁶³ *Ibidem*. Pág. 104.

considerar que lo que estamos afirmando es de hecho objetivamente lo que sucede (en el sentido apropiado de ‘lo que sucede’)... (ahora bien) todo esto es verdad respecto de la proposición que hemos estado considerando, a saber, que el conocimiento es un bien que ha de ser buscado. No por eso demostramos directamente que el conocimiento es un bien que ha de ser buscado; ese principio sigue siendo indemostrable, evidente. Lo que demostramos es simplemente que está presupuesto en todas las demostraciones, en todas las afirmaciones serias realmente, en absoluto, y que tiene tanto derecho a ser llamado ‘objetivo’ como cualquier otra proposición cuya contradictoria sea inevitablemente falseada por el acto de afirmarla.”⁵⁶⁴

Más adelante, cuando Finnis termina de exponer las exigencias de la razonabilidad práctica, señala que es “natural” que existan divergencias en lo que es o no es moral. “Es una diversidad que tiene su fuente en una atención demasiado exclusiva a alguno (algunos) de los valores básicos y/o a alguna(s) exigencia(s) básica(s), y en una falta de atención a las otras. A veces, sin duda, la distorsión o desviación es explicable de manera más inmediata por referencia a una espontaneidad acrítica, no inteligente; a veces, por referencia a la inadvertencia y a los principios inducidos por las convenciones del lenguaje, la estructura social, y la práctica social; y a veces (y siempre, quizás, de la manera más radical) por la predisposición del amor propio o de otras emociones e inclinaciones que oponen resistencia a la preocupación por ser simplemente razonable.”⁵⁶⁵

3.5.3.3. *El bien básico del Conocimiento*

La determinación de las formas básicas de bien se da en esa introspección necesaria para conocer el accionar de la razón práctica. Y lo más inmediato que se capta, porque es la actividad intelectual misma, es el conocimiento. Por eso, Finnis considera que exponiendo, casi de manera fenomenológica, la manera en que se hace evidente una de las formas básicas de bien –el conocimiento–, puede entenderse mejor cómo se captan las demás. Y siendo el conocimiento algo tan “natural”, tan a primera mano de todos, será la forma básica cuyo proceso de captación servirá de ejemplo para la aprehensión de las demás.

*“El conocimiento es una forma básica e intrínseca de bien... Por ende el conocimiento es un bonum honestum, según la clásica distinción entre bonum honestum, bonum utile y bonum delectabile... Un bonum honestum es simplemente un bien que vale la pena poseer u obrar o realizar por sí mismo, y no sólo por la utilidad que puede prestar como medio para algún otro bien, ni sólo por el placer que puede proporcionar. El bien moral es, por ende, un tipo de bonum honestum.”*⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 104.

⁵⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 156.

⁵⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 106.

El conocimiento “teórico”, entendiendo por tal el conocimiento que es buscado por sí mismo y no como medio para obtener otros fines, es una forma básica de bien. Es el conocimiento por el puro afán de conocer, por la curiosidad de saber. “Curiosidad es el sustantivo para designar el deseo o la inclinación o la apetencia que tenemos cuando, sólo por el saber en sí mismo, queremos averiguar algo”.⁵⁶⁷

El “conocimiento, a diferencia de (la) ‘creencia’, es una palabra que indica consecución o logro”.⁵⁶⁸ Este logro es la verdad. “Así que uno podría hablar de la verdad como el bien básico de que nos ocupamos aquí, pues uno puede hablar con la misma facilidad de ‘la verdad buscada por sí misma’ que de ‘el conocimiento buscado por sí mismo’”.⁵⁶⁹

Para Finnis, con “sólo un esfuerzo de reflexión, se hace claro que el conocimiento es una cosa buena que vale la pena poseer por sí misma (y no sólo por su utilidad)... Uno llega a pensar que la ignorancia y la confusión deben evitarse... Uno comienza a considerar que la persona bien informada y de mente clara está, en esa medida, en una buena situación... ‘Es bueno saber...’ parece ser aplicable ahora no sólo en relación con uno mismo y con la pregunta que de momento acapara nuestra atención, sino de manera general”.⁵⁷⁰

Finnis considera que, llegados a este punto, se puede “provocar un cortocircuito en nuestra comprensión de la razón práctica y de su relación con la moral”.⁵⁷¹ Por eso aclara que: “(i) Pensar que el conocimiento es un valor no es pensar que vale igualmente la pena conocer toda proposición verdadera, ni que toda forma de aprendizaje es igualmente valiosa, ni que vale igualmente la pena investigar toda materia... (ii) Pensar que el conocimiento es una forma básica de bien no es pensar que el conocimiento, por ejemplo, de la verdad de estas tesis, sería igualmente valioso para toda persona. (iii) Ni tampoco es pensar que dicho conocimiento, o en realidad cualquier otro conocimiento particular, tiene prioridad alguna de valor ni siquiera para el lector o el autor en este momento... (iv) Así como que ‘el conocimiento es un bien’ no significa que el conocimiento ha de ser buscado por todos, en todo tiempo, en toda circunstancia, así tampoco significa que el conocimiento es la única forma general de bien o la forma suprema de bien. (v) Pensar que el conocimiento es un valor no es, en cuanto tal, pensar que es un valor ‘moral’; ‘la verdad es un bien’ no ha de entenderse, aquí, como una proposición moral, y ‘el conocimiento ha de ser buscado’ no ha de entenderse, aquí, como

⁵⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 92.

⁵⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 91-92.

⁵⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 92.

⁵⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 93.

⁵⁷¹ *Ibidem*. Pág. 93.

expresión de una exigencia, prescripción, recomendación u obligación moral. En nuestro análisis reflexivo de la razonabilidad práctica, la moral viene después. (vi) Al mismo tiempo... se ha de recordar que el conocimiento que aquí tenemos en cuenta como valor es el conocimiento que uno puede llamar un bien *intrínseco i.e.* que se considera deseable por sí mismo y no meramente como algo buscado en cuanto cae bajo una descripción del tipo ‘lo que me permitirá impresionar a mi auditorio’ o ‘lo que confirmará mis creencias instintivas’ o ‘lo que contribuirá a mi sobrevivencia’. En suma (vii) decir que tal conocimiento es un valor es simplemente decir que la referencia a la búsqueda del conocimiento hace inteligible... cualquier caso particular de la actividad y del empeño humano implicado en tal búsqueda.”⁵⁷²

3.5.3.3.1. La evidencia del conocimiento

“El bien del conocimiento es evidente, obvio. No puede ser demostrado, pero asimismo tampoco necesita demostración”.⁵⁷³ Finnis afirma que lo anterior no quiere decir que sea innato ni “que todo el mundo efectivamente reconoce el valor del conocimiento... Bien podría ser que en una etapa temprana de la vida de la mente el impulso a saber se diferencia apenas de otros impulsos, como la inclinación sexual. Esta primitiva ausencia de diferenciación puede que no sea nunca superada completamente, de tal forma que uno de los impulsos permanezca capaz no sólo de desviar sino también de reforzar al otro.”⁵⁷⁴

Que el bien del conocimiento es evidente, tampoco significa que lo es por el hecho de que la mayoría lo considera tal, o porque existe una inclinación estructural en todos los seres humanos a la búsqueda de la verdad. Es decir, la evidencia no deriva de “hechos”. “Ningún valor puede ser deducido o de alguna manera inferido a partir de un hecho o de un conjunto de hechos. Tampoco puede uno inferir válidamente el valor del conocimiento a partir del hecho (si acaso es un hecho) de que ‘todos los hombres desean saber’. La *universalidad* de un deseo no es base suficiente para concluir que el objeto de ese deseo es realmente deseable, objetivamente bueno. Tampoco nos proporciona una base de tal tipo el hecho de que el deseo o inclinación manifieste, o sea parte de, una estructura *profunda* configuradora de la mente humana, ni el hecho de que el deseo, o la estructura, sea *inextirpable*; ni el hecho de que el deseo sea (o no sea) total o parcialmente *común* a todos los animales, ni el hecho de que sea (o no sea) *peculiar* de los seres humanos.”⁵⁷⁵

En cuanto a la evidencia, Finnis indica que causa sospecha porque se piensa que las ciencias son demostrativas e inferenciales, y porque los filósofos modernos

⁵⁷² *Ibidem.* Pág. 94.

⁵⁷³ *Ibidem.* Pág. 96.

⁵⁷⁴ *Ibidem.* Pág. 96

⁵⁷⁵ *Ibidem.* Pág. 97.

consideran que el recurso a la evidencia es simplemente una apelación a la propia creencia. Por eso, Finnis trae a colación los principios con los que trabajan todas las ciencias, y en todas ellas hay una asunción de principios evidentes.

Los principios de la geometría o ciencias naturales se fundan en los principios de la lógica formal (“el correcto pensamiento empírico”). Ejemplo de ello pueden ser: “Un principio de tal tipo es que los principios de la lógica, por ejemplo las formas de la inferencia deductiva, han de ser utilizados y admitidos en todo nuestro pensamiento, aunque ninguna demostración no-circular de su validez es posible (puesto que cualquier demostración los emplearía). Otro consiste en que cabe esperar una razón adecuada de por qué algo es de un modo en vez de otro, a menos que uno tenga una razón para no esperar tal razón... Un tercero es que las tesis que se refutan a sí mismas han de abandonarse... Un cuarto es que los fenómenos han de ser considerados reales a menos que haya alguna razón para distinguir entre la apariencia y la realidad. Un quinto es que una descripción completa de los datos ha de ser preferida a las descripciones parciales, y que no se ha de aceptar una explicación de fenómenos si exige o postula algo incoherente con los datos que se supone que explica. Un sexto es que si un método de interpretación es exitoso se ha de confiar en él para ulteriores casos similares mientras no aparezca una razón en contrario. Un séptimo es que las explicaciones teoréticas que son simples, exitosas en sus predicciones y de alto poder explicativo han de ser aceptadas con preferencia sobre otras explicaciones. Y hay muchos otros...

“Tales principios de la racionalidad teorética no son demostrables, pues se presuponen o se despliegan en cualquier cosa que nosotros aceptaríamos como demostración. No describen el mundo. Pero aunque no pueden verificarse abriendo los ojos y observando, son obvios —obviamente válidos— para cualquiera que tenga la experiencia de averiguar cuestiones de hecho o de pensamiento teórico...; no tienen necesidad de demostración. Son objetivos; su validez no es materia de convención, ni es relativa a los propósitos individuales de nadie... Y es bajo estos aspectos que sostenemos que es evidente el principio *práctico* básico de que el conocimiento es un bien que ha de buscarse.”⁵⁷⁶

En tal sentido es en el que Finnis afirma que el principio práctico básico del conocimiento es evidente, y, en consecuencia, un valor. Y, así también, un valor inderivado: “ni su inteligibilidad ni su fuerza se fundan en un principio ulterior”.⁵⁷⁷

3.5.3.4. Los otros bienes básicos

Finnis se pregunta “¿Cuáles son, entonces, las formas básicas de bien para nosotros?” Y se contesta:

⁵⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 99-100.

⁵⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 100.

“A. *La vida*. Un primer valor básico, correspondiente al impulso hacia la propia preservación, es el valor de la vida”.⁵⁷⁸ Y entiende por vida, todo lo que implique autodeterminación, y, por lo tanto, incluye todo aquello que ayude a proteger, mantener y salvar esa capacidad de autodeterminación, incluyendo “las leyes para la seguridad en carretera”.⁵⁷⁹ También Finnis indica que dentro de este valor debe considerarse la procreación: “... deberíamos incluir en esta categoría la transmisión de la vida mediante la procreación de los hijos”.⁵⁸⁰

“B. *El conocimiento*”⁵⁸¹, del cual ya se ha tratado antes.

“C. *El juego*... Cada uno de nosotros puede ver el sentido de ocuparse en realizaciones (performances) que no tienen otro sentido que la realización misma, que se disfruta por sí misma. La realización puede ser solitaria o social, intelectual o física, extenuante o relajada, altamente estructurada o relativamente informal, convencional o ad hoc en cuanto a su forma... Un elemento de juego puede entrar en cualquier actividad humana, aun en la redacción de las leyes...”⁵⁸² En otra parte, Finnis define el juego como “realizaciones disfrutadas por sí mismas en cuanto realizaciones”.⁵⁸³

“D. *La experiencia estética*... La experiencia estética, a diferencia del juego, no necesariamente supone la acción de uno mismo; lo que se busca y valora por sí mismo puede ser simplemente la forma bella ‘fuera de’ uno, y la experiencia ‘interna’ de la apreciación de su belleza. Pero bastante a menudo la experiencia que se valora se encuentra en la creación y/o en la apreciación activa de alguna *obra* de forma significativa y agradable.”⁵⁸⁴

“E. *La sociabilidad (amistad)*... se realiza en su forma más débil por un mínimo de paz y armonía entre los hombres, y que atraviesa las formas de comunidad humana hasta su forma más fuerte en el florecimiento de la amistad plena... La amistad implica obrar por los propósitos del amigo, por el bienestar del propio amigo.”⁵⁸⁵

⁵⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 117.

⁵⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 118.

⁵⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 118.

⁵⁸¹ *Ibidem*. Pág. 118.

⁵⁸² *Ibidem*. Pág. 118-119.

⁵⁸³ *Ibidem*. Pág. 123-124.

⁵⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 119.

⁵⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 119.

“F. *La razonabilidad práctica*... existe el bien básico de ser capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (en el razonamiento práctico que da por resultado una acción), a los problemas de elegir las acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter.”⁵⁸⁶

“G. *La religión*.”⁵⁸⁷ Finnis considera que las acciones y los órdenes que puede establecer el ser humano serían sin sentido si no existiera un orden superior: “¿Cómo se relacionan todos estos órdenes, que tienen su origen inmediato en la iniciativa humana y desaparecen con la muerte, con el orden perdurable de todo el cosmos y con el origen, si hay alguno, de ese orden?”⁵⁸⁸

También la propia libertad carecería de sentido, si de alguna manera no existiera una libertad superior: “¿No sucede quizás que la libertad humana, por la cual uno se eleva por sobre el determinismo del instinto y del impulso hacia una captación inteligente de formas valiosas de bien, y a través de la cual uno conforma y domina su propio medio ambiente y también su propio carácter, está ella misma de algún modo subordinada a algo que hace posible esa libertad humana, esa inteligencia humana y ese dominio humano (no sólo ‘originariamente’ sino en cada momento) y que es libre, inteligente y soberano de una manera (y con un alcance) que ningún ser humano puede ser?”⁵⁸⁹

Finnis advierte que algunos consideran que el origen del cosmos corresponde a las ciencias y no a la religión. Sin embargo, se pregunta si el sentido de responsabilidad al ejercer la libertad ¿no corresponde a “una preocupación que no es reducible a la preocupación por vivir, jugar, procrear, relacionarse con otros y ser inteligente? ¿No es verdad que incluso Sartre, tomando como su *point de depart* que Dios no existe (y que por lo tanto ‘todo está permitido’), aprecia no obstante que él es ‘responsable’ –está obligado a actuar con libertad y autenticidad, y a querer la libertad de otras personas de igual modo que la suya propia- al elegir qué ha de ser; y todo esto porque, *antes de* cualquier elección suya, ‘el hombre’ es y ha de ser libre? ¿Y no es éste (no importa cuán residual sea) un reconocimiento de y una preocupación por un orden de cosas ‘más allá’ de todos y de cada uno de los hombres? Y así... ¿no podemos, para facilitar las cosas, calificar esta preocupación, que es preocupación por un bien que consiste en una forma de orden irreductiblemente distinta, como ‘religiosa’?”⁵⁹⁰

⁵⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 119.

⁵⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 120.

⁵⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 120.

⁵⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 120.

⁵⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 121.

3.5.3.5. La lista de las formas básicas de bien

¿La lista de los siete bienes básicos es exhaustiva? No pretende Finnis que “su lista de formas básicas de bien” y los términos con los que designa cada una de las formas sea la más idónea y ni siquiera que sea exhaustiva. No obstante, afirma que al final cualquier reflexión o intento por distinguir, adicionar o reducir otra forma básica de bien se traducirá en un mero intento por especificar, desglosar o combinar alguna o cualquiera de las siete formas básicas finnisianas.

La respuesta expresa de Finnis a la pregunta de si su lista de formas básicas de bien es exhaustiva, es la siguiente: “... me parece que estos siete propósitos son todos los propósitos básicos de la acción humana, y que a fin de cuentas cualquier otro propósito que usted o yo pudiéramos reconocer y buscar representará o estará constituido por algún aspecto (o algunos aspectos) de todos o de algunos de ellos”.⁵⁹¹

¿Cómo se obtiene la lista de formas básicas finnisiana? Considerando, como ya quedó indicado líneas arriba, “antes que nada, la distinción entre el hecho bruto de un impulso (o instinto o inclinación o tendencia) y las formas de bien que alguien que posee tales impulsos puede pensar que vale la pena buscar y realizar, sobre la base no de que posee los impulsos sino de que puede ver el bien de tal búsqueda y realización. En segundo lugar, y *a fortiori*, recuérdese la distinción entre las condiciones materiales necesarias para, o que afectan, la búsqueda de un valor y el valor mismo. Un cerebro sano e inteligencia son condiciones necesarias para la comprensión, búsqueda y logro de la verdad... En tercer lugar, al enumerar los valores básicos en los que los seres humanos pueden participar, recuérdense las distinciones entre el valor general y el objetivo particular, y entre los fines y los medios para obtener, realizar o participar en esos fines.”⁵⁹²

Con lo anterior en mente, Finnis considera que de los estudios antropológicos se puede deducir que en todos los tiempos y en todas las culturas, los hombres buscan los bienes que él señala en su lista. Finnis acepta, según lo indicado líneas arriba, que tanto la antropología como la historia nos proporcionan ayuda y condiciones para determinar la lista de valores básicos. Así dice: “Tal línea de reflexión es, en cierta forma, un intento de comprender nuestro propio carácter, o naturaleza. El intento va paralelo, de este modo, a los intentos que, de una manera bastante diversa, han hecho aquellos antropólogos y psicólogos que se preguntan (de hecho) si acaso hay una naturaleza humana y cuáles son sus características.”⁵⁹³

Y que “la universalidad de unos pocos valores básicos en una vasta diversidad de realizaciones enfatiza *tanto* la conexión entre un impulso / inclinación

⁵⁹¹ *Ibidem*. Pág. 123.

⁵⁹² *Ibidem*. Pág. 114.

⁵⁹³ *Ibidem*. Pág. 113.

/ tendencia / instinto básico humano y la correspondiente forma básica de bien humano, *como* al mismo tiempo la gran diferencia entre seguir un impulso y buscar inteligentemente una realización particular de una forma de bien humano que nunca se realiza completamente ni se agota con una acción, o con una vida entera, o con una institución o una cultura (ni con un número finito de ellas).”⁵⁹⁴

Sin embargo, como ya quedó establecido anteriormente, la lista no se infiere ni se deriva de los datos que puedan aportar los estudios culturales o antropológicos. Cada ser humano, en su autorreflexión, o “meditación”, como la llama Finnis,⁵⁹⁵ descubre estas formas básicas de bien, como bienes en sí mismos.

3.5.3.6. Características de las formas básicas de bien

Las características de las formas o valores básicos son: “en primer lugar: cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante.”⁵⁹⁶

De estas características, Finnis desprenderá conclusiones fundamentales para la estructura de su teoría. Conclusiones que, en particular, la segunda, será blanco de críticas por parte de los detractores de la teoría finnisiana.

3.5.3.6.1. Las formas básicas de bien son evidentes

La evidencia no es ningún truco para tratar de sostener la teoría. Como quedó establecido antes, Finnis analiza algunos principios evidentes de las geometrías modernas y de las ciencias naturales. Y señala que “la reflexión sobre lo que significa decir que los principios o normas del correcto pensamiento empírico son evidentes ayudará a eliminar algunos malentendidos sobre lo que significa decir que los principios sustantivos de la razonabilidad práctica son evidentes. En particular, ayudará a mostrar que la evidencia de un principio no implica (a) que sea formulado reflexivamente o ni siquiera explícitamente por quienes son guiados por él, ni tampoco (b) que, cuando es así formulado por alguien, su formulación será invariablemente considerada precisa o aceptablemente refinada y suficientemente apta, ni tampoco (c) que se llegue a él, aunque sólo sea implícitamente, sin experiencia del campo al cual se refiere.”⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 116.

⁵⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 117.

⁵⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 123.

⁵⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 99.

Los principios prácticos básicos son evidentes, como lo es el conocimiento: “El bien del conocimiento es evidente, obvio. No puede ser demostrado, pero asimismo tampoco necesita demostración.”⁵⁹⁸ Lo cual no significa que sean innatos (“El principio de que la verdad (y el conocimiento) merece buscarse, no es de modo alguno innato...”⁵⁹⁹). Y mucho menos que sean inferidos de hechos: “Ningún valor puede ser deducido o de alguna otra manera inferido a partir de un hecho o de un conjunto de hechos.”⁶⁰⁰

Finnis comenta que algunas formas de escepticismo niegan la evidencia, señalando que el hecho de que para una persona el conocimiento, por ejemplo, sea un bien, no significa que sea algo objetivo, sino es, simplemente, la proyección de un deseo propio, subjetivo, y sin fundamento en la realidad. Pero esta afirmación “pretende(n) mucho, porque su pretensión, de ser verdadera, volvería misteriosas las características racionales del principio de que el conocimiento es un bien que merece buscarse. Estas características racionales pueden ser resumidas como evidencia u objetividad, y perentoriedad...”

“... El conocimiento es mejor que la ignorancia. ¿No estoy acaso obligado a admitirlo, quíralo o no? Nada importa que yo mismo no esté sintiendo curiosidad...”

“Para negar la fuerza racional o la objetividad de este principio práctico, no le será suficiente al escéptico apuntar a la diversidad de opiniones morales. Porque el principio de que la verdad merece ser conocida y de que la ignorancia ha de ser evitada no es en sí mismo un principio moral.”⁶⁰¹

3.5.3.6.2. Las formas básicas de bien son todas igualmente importantes: no hay jerarquía

No hay jerarquía objetiva en las formas básicas de bien. No se puede considerar a una de las formas básicas de bien como más importante o fundamental que las otras. Todas son igualmente básicas. La jerarquización proviene del sujeto, de la persona que se centra en una y hace que todas las restantes formas básicas de bien apunten a la escogida como forma de realización existencial. Así, por ejemplo, si una persona elige como forma de vida el conocimiento, entonces la vida, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la religión estarán en función de la realización del bien del conocimiento. “Un erudito elige dedicarse a la búsqueda del conocimiento, y por consiguiente concede prioridad a sus exigencias, en mayor o menor grado (y quizás por toda la vida), por sobre las

⁵⁹⁸ *Ibidem.* Pág. 96.

⁵⁹⁹ *Ibidem.* Pág. 96.

⁶⁰⁰ *Ibidem.* Pág. 97.

⁶⁰¹ *Ibidem.* Pág. 102-103.

amistades, el culto, los juegos, el arte y la belleza que podría en otro caso disfrutar.”⁶⁰²

“Cada uno (de los principios básicos) es fundamental. Ninguno es más fundamental que cualquiera de los otros, porque en cada uno de ellos cabe razonablemente centrar la atención, y cada uno, cuando se centra en él la atención, reclama un valor prioritario. De ahí que no hay una prioridad objetiva de *valor* entre ellos... cada uno de nosotros puede razonablemente *elegir* tratar uno o algunos de los valores como de mayor importancia en *su* vida.”⁶⁰³

¿Lo último implica que no existe una prioridad o una jerarquización en estos valores o formas básicas de bien? Sí. Objetivamente ninguna es más importante que otra. Subjetivamente, es decir, cada persona, optando por su plan de vida, se concentra en una de ellas, y de esta forma la considera como primordial.

3.5.3.6.3. La forma básica escogida es prioritaria

La opción de vida a la que una persona se consagra, no es otra cosa que la decisión de realizar una de las formas básicas de bien y centrar en ella toda su capacidad, sus energías, su atención. Al realizar esta opción fundamental, la forma básica de bien se convierte en la “única” de mi vida; en “la prioridad” de la existencia. Es la forma de madurar, de realizarse como persona.

Como lo señala Finnis: “Si uno centra la atención en el valor de la verdad especulativa, éste puede considerarse razonablemente como más importante que cualquier cosa; el conocimiento puede ser considerado como la cosa más importante de adquirir; la vida puede ser considerada como una mera precondition, de valor intrínseco menor o nulo; el juego puede ser considerado frívolo; el propio interés por las cuestiones ‘religiosas’ puede parecer simplemente un aspecto de la lucha contra el error, la superstición y la ignorancia; la amistad puede parecer algo a lo cual vale la pena renunciar, o hallarse exclusivamente al compartir y aumentar el conocimiento, y así sucesivamente...”⁶⁰⁴

Por eso, la variedad de trabajo, de dedicación puesta, de intensidad en la acción. “Cada uno de nosotros tiene un orden subjetivo de prioridades entre los valores básicos; esta jerarquización es sin duda parcialmente cambiante y parcialmente estable, pero en todo caso es esencial si hemos de obrar de alguna manera en vistas de algún propósito. Pero las razones de cada uno para elegir la particular jerarquización que de hecho elige son razones que necesariamente se relacionan –adecuadamente– con el propio temperamento, educación, capacidades,

⁶⁰² *Ibidem*. Pág. 124.

⁶⁰³ *Ibidem*. Pág. 124.

⁶⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 123-124.

oportunidades, etc., no con diferencias de jerarquía de valor intrínseco en los valores básicos”.⁶⁰⁵

3.5.3.6.4. El placer no es una forma básica

Finnis desecha lo que llama “el error característicamente moderno de tratar de encontrar una forma de bienestar humano todavía más básica e importante para el hombre que cualquiera de los siete valores básicos”⁶⁰⁶: el placer.

La realización de las formas básicas de bien normalmente producen placer, satisfacción; pero ello no implica que el placer sea el motivo y la razón fundamental del actuar humano. Finnis considera que el hombre quiere ejercer su libertad, ser responsable, y no por el contrario, “ser vivido”. Esto último sucede con el experimento que refiere de Nozick: conectarse a una máquina que produce el placer o la sensación que uno prefiera. Porque, “uno quiere *hacer* ciertas cosas (no sólo tener la experiencia de hacerlas); uno quiere *ser* un cierto tipo de persona, a través de la propia autodeterminación y autorrealización auténticas, libres; uno quiere *vivir* (en el sentido activo) uno mismo, construyendo un mundo real a través de esa búsqueda real de valores que inevitablemente implica construir la propia personalidad en y a través del propio compromiso libre con esos valores... y es conveniente decir que uno participa en los valores básicos. Al participar en ellos de la manera que cada uno elige, uno espera alcanzar no sólo el placer de la actividad física exitosamente consumada y la satisfacción de los proyectos completados exitosamente, sino también la ‘felicidad’ en el sentido más profundo, menos corriente de la palabra, que significa, a grandes rasgos, una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de sentido de la propia existencia”.⁶⁰⁷

3.5.3.7. Las formas básicas de bien, la Ley Natural y la libertad

Desde el punto de vista de la ley natural, ¿qué son los valores y/o formas básicas de bien de los que se ha estado tratando? Finnis contesta: “los principios prácticos que le prescriben a cada uno participar en esas formas básicas de bien, a través de decisiones prácticamente inteligentes y de acciones libres que hacen de cada uno la persona que es y que ha de ser, han sido llamados en la tradición filosófica occidental los primeros principios de la ley natural, porque nos dictan las nociones fundamentales de todo lo que uno podría razonablemente querer hacer, tener y ser.”⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 124.

⁶⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 125.

⁶⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 126-127.

⁶⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 127.

Son siete las formas básicas del bienestar humano, como Finnis lo ha señalado antes. Participar en ellas es el camino de autorrealización. Cada una de las siete formas básicas exige compromiso, y la vida de las personas es corta. ¿Cómo decidir cuál realizar? En palabras de Finnis: “Al abrir un horizonte de posibilidades atractivas para nosotros, nuestra captación de los valores básicos crea... el problema para la decisión inteligente, no lo responde: ¿Qué se ha de hacer? ¿Qué puede dejarse sin hacer? ¿Qué no se ha de hacer? No tenemos, en abstracto, ninguna razón para dejar de lado alguno de los bienes básicos. Pero sí tenemos buenas razones para elegir compromisos, proyectos y acciones, sabiendo que la elección efectivamente excluye muchos compromisos, acciones y proyectos alternativos, que son razonables o posibles.”⁶⁰⁹

Esta posibilidad de elección es la libertad. Y lo que nos permite, en el ejercicio de esta libertad, optar por cierto bien o forma básica, en lugar de otro, y, dentro de éste, por un compromiso en lugar de otro, es la razonabilidad práctica (una de las siete formas básicas). La razonabilidad práctica “en la que se participa precisamente dando forma a la propia participación en los otros bienes básicos, orientando los propios compromisos, la propia selección de proyectos, y lo que uno hace al llevarlos a cabo.”⁶¹⁰

3.5.3.8. *Los principios de la razón práctica*

Los principios de la razón práctica son las formulaciones, en forma de juicio, que realiza dicha razón en relación a los valores o formas básicas de bien captadas de forma inmediata y evidente, como se ha visto antes. Por lo tanto, de la forma básica de bien del conocimiento, el principio que formula la razón práctica es del tenor siguiente: “es bueno conocer la verdad”.

¿Qué es, pues, un principio práctico? Es la formulación que hacemos de la comprensión de un valor. Por ejemplo, “el conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer”. ‘Estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser’. ‘La confusión y la ignorancia han de ser evitadas’.⁶¹¹ Estas formulaciones (“El conocimiento es un bien que ha de buscarse... Éste es el modo de formular cada uno de los primeros principios de la ley natural”⁶¹²) proporcionan el punto de partida (principios) para “razonar sobre qué hacer... Un principio práctico básico sirve para orientar nuestro razonamiento práctico, y puede concretarse (más que ‘aplicarse’) en

⁶⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 131.

⁶¹⁰ *Ibidem*. Pág. 132.

⁶¹¹ *Ibidem*. Pág. 94.

⁶¹² *Ibidem*. Pág. 107.

un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos. Más que restringir, sugiere nuevos horizontes para la actividad humana.”⁶¹³

Cómo han de aplicarse los principios (formulación para actuar) que siguen a la captación de las formas básicas, “*es el problema para la razonabilidad práctica.*”⁶¹⁴ Y la razonabilidad práctica tiene unas exigencias, “un método”, y cada una de ellas “se refiere a lo que uno *debe* hacer, o pensar, o ser... El que vive a la altura de estas exigencias es de este modo el *phronimos* de Aristóteles; posee la *prudentia* de Tomás de Aquino...”⁶¹⁵

Ahora bien, “¿Cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente?... Los representantes clásicos de la ética (y de las teorías de la ley natural)... enfatizan que una respuesta adecuada a ese problema sólo puede ser formulada por quien tiene experiencia (tanto de los deseos y pasiones humanas como de las condiciones de la vida humana) e inteligencia y un deseo de razonabilidad más fuerte que los deseos que podrían arrastrarla... Tomás de Aquino... enfatizó que los principios morales tales como los de los Diez Mandamientos son *conclusiones a partir de* los principios primarios evidentes por sí mismos, que razonar hasta alcanzar tales conclusiones exige un buen juicio, y que hay muchas otras normas morales más complejas y particulares que han de seguirse y muchos juicios y decisiones morales que han de hacerse, todos los cuales exigen un grado de sabiduría práctica que (dice él) pocos hombres de hecho poseen.”⁶¹⁶

Por su parte, Aristóteles “puede sostener que lo que es correcto y moralmente bueno simplemente es visto por el hombre que es prudente y moralmente bueno (el *phronimos*, o también el *spoudaios*), y que lo que un hombre así piensa y hace es el criterio de la terminología adecuada y de las conclusiones correctas en la ética (y en la política).”⁶¹⁷

Ahora bien, al ser la razonabilidad práctica una forma básica de bien, sus exigencias “se refieren a la plenitud de bienestar (en la medida en que cualquier persona puede disfrutar tal plenitud de bienestar en las circunstancias de toda su vida). De modo que quien vive a la altura de estas exigencias es también el *spoudaios* (hombre maduro) de Aristóteles, su vida es *eu zen* (vivir-bien) y, a menos que las circunstancias les sean muy adversas, podemos decir que posee la

⁶¹³ *Ibidem.* Pág. 94-95.

⁶¹⁴ *Ibidem.* Pág. 132.

⁶¹⁵ *Ibidem.* Pág. 133.

⁶¹⁶ *Ibidem.* Pág. 132.

⁶¹⁷ *Ibidem.* Pág. 133.

eudaimonía de Aristóteles (la plena realización o bienestar omniabarcante y completa –no exactamente traducible como ‘felicidad’).⁶¹⁸

Como las formas básicas de bien, en cuanto realizables por la persona, la llevan a *ser* más ella misma; a completarse o perfeccionarse, “Aristóteles adoptó el término *physis*, que fue traducido al latín como *natura*. Así Tomás de Aquino dirá que estas exigencias son exigencias no sólo de la razón y de la bondad, sino también (por implicación) de la naturaleza (humana).⁶¹⁹

En consecuencia, las exigencias de la razonabilidad práctica expresan “el método de la ley natural para elaborar la ‘ley natural’ (moral) a partir de los primeros ‘principios de la ley natural’ (pre-morales)”.⁶²⁰

3.5.3.9. Las exigencias de la razonabilidad práctica

Pero “¿cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente?”⁶²¹ Cuando cumple con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica. Estas exigencias son, como las formas básicas de bien, “fundamentales, inderivadas, irreductibles... y se refiere(n) a lo que uno *debe* hacer, o pensar, o ser...”.⁶²²

En otras palabras, la realización de cualquier forma básica del bienestar humano, se va construyendo a partir de decisiones. Las decisiones ejecutables están basadas en principios de razonabilidad. Estos principios, si bien son descubiertos sólo por quienes tienen un grado suficiente de atención e ilustración (el hombre sabio o maduro de Aristóteles; o el hombre prudente de Santo Tomás), son en sí mismos evidentes (“... (Santo Tomás) enfatizó que los principios morales tales como los de los Diez Mandamientos son *conclusiones a partir de* los principios primarios evidentes por sí mismos...”⁶²³) y congruentes; no requieren de demostración o fundamentación ulteriores.

¿Cuáles son, entonces, las exigencias de la razonabilidad práctica? Estas exigencias que Finnis va a presentar “están interrelacionadas y pueden considerarse unas como aspectos de las otras.”⁶²⁴

⁶¹⁸ *Ibidem*. Pág. 134.

⁶¹⁹ *Ibidem*. Pág. 134.

⁶²⁰ *Ibidem*. Pág. 134.

⁶²¹ *Ibidem*. Pág. 132.

⁶²² *Ibidem*. Pág. 133.

⁶²³ *Ibidem*. Pág. 132.

⁶²⁴ *Ibidem*. Pág. 136.

Finnis encuentra nueve exigencias de la razonabilidad práctica: 1) Un plan coherente –racional- de vida; 2) Todas las formas básicas del bien humano tienen el mismo valor: no se vale desacreditar una a favor de otra u otras; 3) Cualquiera de las formas básicas del bien humano puede ser realizada por cualquier ser humano. Esto es, imparcialidad de las mismas respecto a los individuos. Por eso, esta exigencia se expresa también con la regla de oro: “haz a los otros lo que quisieras que los otros te hicieran a ti”⁶²⁵; 4) Imparcialidad: no absolutizar la propia opción de vida, porque entonces se cae en el fanatismo; 5) Fidelidad a la propia opción de vida; 6) Eficiencia; 7) No realizar ningún acto que dañe a cualquiera de las formas básicas de bien, o “*no elijas directamente en contra de un valor básico*”⁶²⁶; el fin bueno no justifica el medio malo. En esta exigencia se apoya “*la estricta inviolabilidad de los derechos humanos básicos*”⁶²⁷; 8) Favorecer el bien común; y 9) Seguir la propia conciencia.

3.5.3.9.1. Plan de vida coherente (opción de vida)

“Un plan de vida coherente... deberíamos recordar que... los aspectos básicos del bienestar humano sólo son discernibles para quien piensa en sus oportunidades, y por ende, sólo son realizables por quien dirige, atiende y controla sus instintos, inclinaciones e impulsos, de manera inteligente. En su forma más completa, por lo tanto, la primera exigencia de la racionalidad práctica es lo que John Rawls llama un plan de vida racional. Implícita o explícitamente uno debe tener un conjunto armónico de propósitos y orientaciones, no como los ‘planes’ o ‘anteproyectos’ de castillos en el aire, sino como compromisos efectivos.... Es irrazonable vivir sólo de momento en momento, siguiendo los antojos inmediatos, o simplemente dejándose llevar... El compromiso con la práctica de la medicina (por amor a la vida humana), o con el trabajo académico (por amor a la verdad), o con cualquier profesión, o con el matrimonio (por amor a la amistad y a los hijos)... todos ellos exigen tanto orientar como controlar los impulsos, y acometer proyectos específicos, pero también exigen reorientar las inclinaciones, reformar los hábitos, abandonar proyectos viejos y adoptar otros nuevos, según lo exijan las circunstancias, y sobre todo, armonizar todos los compromisos profundos de cada uno –para lo cual no hay receta o anteproyecto, pues los aspectos básicos del bien humano no son como los objetivos definidos de los proyectos particulares, sino que se *participa en ellos*.”⁶²⁸

“Los valores básicos, y los principios prácticos que los expresan, son las únicas orientaciones que tenemos. Cada uno es objetivamente básico, primario, inconmensurable con los otros en cuanto a su importancia objetiva. Si uno ha

⁶²⁵ *Ibidem*. Pág. 138

⁶²⁶ *Ibidem*. Pág. 152.

⁶²⁷ *Ibidem*. Pág. 151.

⁶²⁸ *Ibidem*. Pág. 134-135.

de obrar de un modo mínimamente inteligente tiene que elegir realizar y participar en algún valor o valores básicos más que en otros...”⁶²⁹

3.5.3.9.2. Igualdad de valor

Todas las formas básicas del bien humano tienen el mismo valor: no se puede desacreditar una a favor de otra u otras.

En otras palabras: “ninguna preferencia arbitraria entre los valores... no se debe dejar de lado, o exagerar o descartar arbitrariamente, ninguno de los valores humanos básicos. Cualquier compromiso con un plan de vida coherente va a implicar algún grado de concentración en una o algunas de las formas básicas de bien, a costa, temporal o permanentemente, de otras formas de bien. Pero el compromiso será racional sólo si se basa en la valoración por cada uno de sus propias capacidades, circunstancias, y aún de sus gustos. Será irrazonable si se basa en la desvalorización de cualquiera de las formas básicas de excelencia humana, o si se basa en una sobrevaloración de esos bienes meramente derivados o complementarios o instrumentales como la riqueza o las ‘oportunidades’ o de esos bienes meramente secundarios y condicionadamente valiosos como la reputación o (en un sentido diferente de secundariedad) el placer.”⁶³⁰

En este principio se manifiesta la diversidad cultural y también la “vocación”. Precisamente porque cada persona escoge y se concentra en una forma básica de bien, se pueden distinguir las diversas formas de vida en una sociedad.

3.5.3.9.3. Igualmente (potencialmente) realizables por cualquier persona

Cualquiera de las formas básicas del bien humano puede ser realizada por cualquier ser humano. “Es la imparcialidad fundamental en el reconocimiento de cada una de las formas básicas de bien... (y) entre los sujetos humanos que son o pueden ser partícipes de esos bienes.”⁶³¹

En otras palabras: ninguna de las formas básicas de bien está negada o prohibida para nadie. El hecho de que una persona se decida y concentre sus energías y su vida en una con preferencia a otras es señal de libertad y de las circunstancias de carácter y hasta sociales en que dicha persona está inmersa. Pero eso no significa que las formas básicas de bien que “marginó” sean prohibitivas para él. Cualquier persona puede realizar cualquiera de las formas básicas.

Puedo no interesarme por una forma básica de bien. Sin embargo, ello no implica que no la pudiera haber escogido y concentrarme en ella. Puedo también,

⁶²⁹ *Ibidem*. Pág. 149.

⁶³⁰ *Ibidem*. Pág. 136.

⁶³¹ *Ibidem*. Pág. 137.

como dice Finnis, “no interesarme... (o) no preocuparme”⁶³² por la actividad realizativa de formas de bien de otras personas, pero no puedo negar que son un bien, y tampoco que son exclusivas de esas personas.

Esta tercera exigencia es “una crítica mordaz contra el egoísmo, los argumentos especiosos, el doble rasero, la hipocresía, la indiferencia (‘pasar de largo’) ante el bien de otros a quienes uno podría ayudar fácilmente, y todas las otras múltiples formas de prejuicio egoísta individual o de grupo. Tan así son las cosas que muchos han procurado fundar la ética prácticamente por completo en este principio de la imparcialidad entre las personas. En la discusión filosófica moderna, el principio se expresa regularmente como una exigencia de que los propios juicios morales y preferencias sean *universalizables*.

“La expresión no-filosófica clásica de la exigencia es, por supuesto, la así llamada Regla de Oro... ‘Haz por (o a) los otros lo que querías que ellos hicieran por (o a) ti’”.⁶³³

Pero esta imparcialidad no implica, como lo pretende Rawls que no se tengan que favorecer las realizaciones de las formas básicas de bien en razón de que en la “Posición original” del contrato social fue aceptado unánimemente el principio de imparcialidad, como justo. Por el contrario, “podemos (y la razón nos exige) favorecer las formas básicas de bien y evitar y desincentivar sus contrarios. Al obrar así no estamos mostrando ningún favorecimiento incorrecto de los individuos en cuanto tales, ninguna ‘acepción de personas’ irrazonable, ningún prejuicio egoísta individual o de grupo, ninguna parcialidad contraria a la Regla de Oro o a cualquier otro aspecto de esta tercera exigencia de la razón práctica.”⁶³⁴

3.5.3.9.4. Imparcialidad o no absolutización de ninguna forma básica

A la cuarta exigencia, Finnis la llama “imparcialidad”: “... son las consecuencias negativas que traemos a la mente cuando pensamos en el fanatismo. Así que la cuarta exigencia de la razonabilidad práctica puede denominarse imparcialidad.”⁶³⁵

Imparcialidad en el sentido de que ante el propio proyecto coherente de vida “uno debe tener cierto desprendimiento respecto”⁶³⁶ del mismo. Pero tal vez, para darle especificidad, podría ser llamado ‘desprendimiento de la propia opción o plan de vida coherente’. “No hay ninguna buena razón para adoptar, ante cualquiera de

⁶³² *Ibidem*. Pág. 137.

⁶³³ *Ibidem*. Pág. 138.

⁶³⁴ *Ibidem*. Pág. 140.

⁶³⁵ *Ibidem*. Pág. 140.

⁶³⁶ *Ibidem*. Pág. 140.

los objetivos particulares de cada uno, una actitud tal que uno consideraría su propia vida privada de sentido si el proyecto fracasara y el objetivo se escapase de las manos. Una actitud así devalúa irracionalmente y trata como sin sentido el bien humano básico que es la autodeterminación auténtica y razonable, un bien en el que uno participa con sentido simplemente por tratar de hacer algo sensato y que vale la pena, sea o no que ese proyecto sensato y que vale la pena termine en nada.”⁶³⁷

3.5.3.9.5. Fidelidad o compromiso con la opción de vida

Fidelidad a la propia opción de vida. “La quinta exigencia establece el equilibrio entre el fanatismo y la dejación, la apatía, la omisión irrazonable o el rechazo de ‘verse comprometido’ con cualquier cosa. Es simplemente la exigencia de que una vez asumidos los propios compromisos generales uno no debe abandonarlos a la ligera”.⁶³⁸ Por lo tanto, podría ser llamada esta exigencia como “compromiso racional”.

3.5.3.9.6. Eficiencia

Eficiencia. Es la correcta aplicación de medios para alcanzar los propósitos razonables que uno ha asumido. “... se trata de la exigencia de que uno cause el bien en el mundo (en su propia vida y en las vidas de los demás) mediante acciones que sean eficientes para alcanzar sus propósitos (razonables). Uno no debe desperdiciar sus propias oportunidades por utilizar métodos ineficientes. Las acciones de cada uno deberían ser juzgadas por su efectividad, por su adecuación para su propósito, por su utilidad, por sus consecuencias...”⁶³⁹

“Hay un rango amplio de contextos en los que es posible y del todo razonable calcular, medir, comparar, pesar y valorar las consecuencias de decisiones alternativas. Cuando hay que hacer una elección es razonable preferir el bien humano al bien de los animales. Cuando hay que hacer una elección es razonable preferir los bienes humanos básicos (como la vida) a los bienes meramente instrumentales (como la propiedad). Cuando el daño es inevitable, es razonable preferir un golpe a una herida, una herida a una mutilación, una mutilación a la muerte.”⁶⁴⁰

3.5.3.9.6.1. Invalidez de la teoría consecuencialista

En relación con esta exigencia, Finnis ataca la posición utilitarista: “En cuanto estrategia general de razonamiento moral, el utilitarismo o el consecuencialismo son irracionales. El utilitarista o (más en general) el

⁶³⁷ *Ibidem*. Pág. 140.

⁶³⁸ *Ibidem*. Pág. 140-141.

⁶³⁹ *Ibidem*. Pág. 141.

⁶⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 141.

consecuencialista pretende que (i) uno debería elegir siempre el acto que, hasta donde uno alcanza a ver, producirá el mayor bien neto total y al largo plazo ('utilitarismo del acto'); o que (ii) uno debería elegir siempre de acuerdo con un principio o regla cuya adopción producirá el mayor bien neto total y al largo plazo ('utilitarismo de la regla')."⁶⁴¹

El ataque de Finnis se centra en dos aspectos; el primero: no existe un fin exclusivo para todos los hombres. Por lo tanto, al existir múltiples formas de realización humana, no puede medirse lo que es más provechoso o menos provechoso para todos. Y, segundo, no existe un factor común en los múltiples fines de realización de las personas. En consecuencia, no puede ser tasado lo que maximice ese factor común, que es inexistente. Finnis lo expone así: "El bien' o 'los bienes' podrían ser medidos y computados de la manera exigida por la ética consecuencialista sólo si (a) los seres humanos tuvieran una meta o función única, bien definida (un 'fin dominante'), o (b) las metas divergentes que los hombres de hecho persiguen tuvieran un factor común, tal como 'la satisfacción del deseo'. Pero ninguna de estas dos condiciones se cumple."⁶⁴²

Además, Finnis argumenta: uno: que los bienes son de diversa especie. No se puede comparar el bien o el deseo de tomar una taza de café, con el bien o el deseo de ser un abogado experimentado. El bien es simplemente inconmensurable. Y no puede medirse como lo pretenden los consecuencialistas. "Las diferentes formas de bien, como las diferentes clases de cantidad, son objetivamente inconmensurables."⁶⁴³ Dos: que "el consecuencialismo no proporciona ninguna razón para preferir el altruismo al egoísmo... su análisis y método de razón práctica consecuencialista no le proporcionan ningún principio por referencia al cual él podría criticar como irrazonables o inmorales a quienes se proponen maximizar su propia felicidad con prescindencia del bienestar de los demás."⁶⁴⁴ Y, tres: el consecuencialismo no explica cómo hacer la distribución del bien neto que pretende conseguir. "Suponiendo que los bienes humanos pudieran ser conmensurados y sumados (lo que de hecho es lógicamente imposible), y suponiendo que el bien 'de todo el mundo' ha de ser computado imparcialmente... subsiste el hecho de que el imperativo metodológico de maximizar el bien todavía no produce un resultado determinado. No se seguirá ningún resultado determinado mientras no especifiquemos adicionalmente si el bien maximizado significa (a) la máxima cantidad de bien con prescindencia de la distribución (utilidad total': una minoría, o aún una mayoría, puede ser esclavizada, torturada o exterminada, si eso aumenta la satisfacción/felicidad/bien total neto), o (b) la máxima cantidad *media* de bien ('utilidad media': cualquier cantidad de gente puede ser esclavizada, etc., si eso

⁶⁴¹ *Ibidem.* Pág. 142.

⁶⁴² *Ibidem.* Pág. 143.

⁶⁴³ *Ibidem.* Pág. 145.

⁶⁴⁴ *Ibidem.* Pág. 145.

aumenta la satisfacción media neta, etc.), o (c) la máxima cantidad de bien para aquellos en peor situación (utilidad ‘maximin’ o ‘minimax’: cualquier cosa que se elija debe aumentar el bienestar de los peor situados más que cualquier elección alternativa), o (d) cantidades idénticas de bien para ‘todo el mundo’ (con prescindencia de que casi todos podrían estar mucho mejor en una sociedad regulada de acuerdo con las especificaciones (a), (b) o (c)).”⁶⁴⁵

En resumen, “la vida real de una comunidad humana no es un contexto técnico limitado, y el bien común de tal comunidad no puede ser medido como un ‘agregado de bienes’, según suponen los utilitaristas.”⁶⁴⁶

3.5.3.9.6.2. Prohibición de realizar cualquier acto que dañe a otra forma básica

No realizar ningún acto que dañe a cualquiera de las formas básicas de bien. Esta exigencia “puede ser resumida así: no elijas directamente en contra de un valor básico”⁶⁴⁷, o también: “que uno no debiera elegir realizar ningún acto que *de suyo no hace más que* dañar o impedir la realización de o participación en una o más de las formas básicas de bien humano.”⁶⁴⁸ Esta “séptima exigencia se reconoce bien en otras formulaciones: más vagamente, como ‘el fin no justifica los medios’; más precisamente, aunque todavía ambiguamente, como ‘no se ha de hacer el mal para conseguir el bien’; y con un particular sabor iluminista, como el ‘imperativo categórico’ de Kant: ‘obra de manera tal que trates la humanidad, ya en tu propia persona o en la de otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio’.”⁶⁴⁹

Finnis considera que la única razón para violar esta exigencia sería el razonamiento consencuencialista de que los efectos buenos del acto fueran más que las consecuencias negativas del mismo acto. Pero, como ya lo ha refutado anteriormente, el consencuencialismo no es racional, independientemente de que, con frecuencia, apela a los sentimientos humanos, como cuando afirma que es mejor matar a una persona que a cinco.

“De ahí que, si el razonamiento consencuencialista fuera razonable, los actos que en sí mismos no hacen más que dañar o impedir un bien humano podrían justificarse a menudo como partes de o pasos en el camino para llevar a cabo algún proyecto para la promoción o protección de alguna(s) forma(s) de bien. Por ejemplo, si el razonamiento consencuencialista fuera razonable,

⁶⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 146.

⁶⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 242.

⁶⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 152.

⁶⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 148.

⁶⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 151.

algunas veces uno podría razonablemente matar a una persona inocente para salvar la vida de algunos rehenes.”⁶⁵⁰

Lo que puede ser “humanamente comprensible”, o, de acuerdo a “nuestros sentimientos, nuestra generosidad, nuestra simpatía...”⁶⁵¹, nunca podrá ser razonable en la exposición del utilitarismo. “... El razonamiento consecuencialista es arbitrario y sin sentido.”⁶⁵²

Pero necesariamente, como también ya lo ha apuntado Finnis, al elegir un valor básico y concentrarme en él no podré atender a los demás. Esa elección “indirectamente empobrecerá, inhibirá, o interferirá con la realización de esos otros valores. Si yo me dedico a la búsqueda académica de la verdad, entonces dejo de salvar las vidas que podría salvar como médico, inhibo el crecimiento de la producción de bienes materiales, limito mis oportunidades de servir a la comunidad a través de la política, el entretenimiento, el arte o la predicación.”⁶⁵³

Por lo tanto, la dedicación racional a un valor básico causa, “indirectamente” un “daño” a las otras formas básicas de bien. Pero esta causación indirecta de “daño” no es irracional. Por lo que “podemos decir esto: dañar indirectamente cualquier bien básico (eligiendo un acto que directa e inmediatamente promueve ya ese bien básico en algún otro aspecto o modo de participar en él, ya algún otro bien o bienes básicos) obviamente es, racional y por tanto moralmente, bastante diferente de dañar directa e inmediatamente un bien básico en algún aspecto o modo de participar en él eligiendo un acto que en sí mismo y de suyo simplemente (o, deberíamos añadir ahora, primariamente) daña ese bien en un aspecto o modo de participar en él pero que indirectamente, *vía* la mediación de unas consecuencias esperadas, ha de promover ya ese bien en algún otro aspecto o modo de participar en él, ya algún otro bien o bienes básicos(,)”⁶⁵⁴ es algo indebido y, por lo tanto, moralmente condenable.

“Elegir un acto que en sí mismo simplemente (o primariamente) daña un bien básico es por eso comprometerse uno mismo... en un acto de oposición a un valor inconmensurable... que uno trata como si fuese un objeto dotado de un valor medible que podría ser superado por objetos conmensurables dotados de un valor mayor (o acumulativamente mayor). Hacer esto estará a menudo de acuerdo con nuestros sentimientos, nuestra generosidad, nuestra simpatía, y con nuestros compromisos y proyectos en las formas como los emprendimos. Pero nunca puede ser justificado por la razón. Debemos elegir racionalmente (y este juicio racional a menudo puede favorecer un cambio en nuestra

⁶⁵⁰ *Ibidem.* Pág. 148.

⁶⁵¹ *Ibidem.* Pág. 149 y 150.

⁶⁵² *Ibidem.* Pág. 148-149.

⁶⁵³ *Ibidem.* Pág. 149.

⁶⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 149.

perspectiva y consiguientemente una reordenación de los sentimientos iniciales y de ese modo de nuestros compromisos y proyectos. La razón exige que todo valor básico sea al menos respetado en todas y cada una de las acciones.”⁶⁵⁵

Si siguiéramos la lógica consecuencialista, tendríamos que aceptar que en ocasiones es mejor violar un derecho humano para conseguir el fortalecimiento de otro u otros de esos derechos. Y, en consecuencia, “no hay ningún derecho humano que no vaya a ser invalidado si se permite que los sentimientos (sean generosos y altruistas o mezquinos y egocéntricos) gobiernen la elección, o si las consideraciones de costos y beneficios se sacan de su esfera técnica propia, y se les permite gobernar la implicación directa de cada uno... con los bienes básicos.”⁶⁵⁶

Es común pensar que se logra “más” bien si se priva de la vida a un ser humano para salvar a otros. Esta consecuencia (preservar la vida de más de uno a la de uno) no es justificable racionalmente. Toda vida humana tiene el mismo valor inconmensurable. “... la persona que cumple la exigencia (de un chantajista que pide la vida de uno para salvar la de los rehenes)... no puede negar que está eligiendo un acto que de suyo no hace más que matar.”⁶⁵⁷

Esta séptima exigencia necesariamente nos debe llevar a preguntarnos ¿qué es un acto que directamente daña una forma básica de bien? Es el acto querido intencionalmente. “Fundamentalmente, un acto humano es un lo-que-es-decيدido (o elegido).”⁶⁵⁸

Finnis reconoce las dificultades que implica, en la práctica, esta séptima exigencia: “En muchas circunstancias problemáticas, las implicaciones de la séptima exigencia son claras: una acción determinada, por mucho que tenga consecuencias deseables y esperables determinadas, es irrazonable. Pero en muchos casos la caracterización de las acciones demanda el ‘juicio’ que las personas buenas y sabias tienen.”⁶⁵⁹

Las dificultades a las que se refiere Finnis han generado que juristas y moralistas creen doctrinas, como la teoría del doble efecto: el o los efectos colaterales de un acto bueno no pueden ser responsabilidad del que ejecuta este último. Santo Tomás decía: “... nihil prohibet unius actus esse duos effectus, quorum alter solum sit in intentione, alius vero sit praeter intentionem. Morales

⁶⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 150.

⁶⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 151.

⁶⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 152.

⁶⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 151.

⁶⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 153.

autem actus recipiunt speciem secundum id quod intenditur, non autem ab eo quod est praeter intentionem, cum sit per accidens...”⁶⁶⁰

3.5.3.9.7. Compromiso con el bien común

Favorecer el bien común: “... favorecer y promover el bien común de las propias comunidades.”⁶⁶¹

Finnis tratará más adelante el tema del bien común. Baste ahora un simple señalamiento: cuando existe un grupo en sentido real y no sólo una aglomeración, dice Finnis, existe un fin u objetivo pretendido por todos los miembros, lo cual implica que existan normas de coordinación, y, necesariamente, el líder dentro del grupo para indicar la solución más viable entre las posibles. El trabajar todos los miembros del grupo en la consecución de ese fin, ajustándose a las normas y obedeciendo al líder es lo que Finnis llama “bien común”.

“... Cuanto más de acuerdo esté la coordinación entre las personas relevantes con algún valor o compromiso de realización ilimitada, o, en caso de estar dirigida a algún proyecto definido y plenamente realizable, esté de todas maneras controlada por el interés en algún valor o valores que exijan adaptar la coordinación para responder a circunstancias contingentes, más probable es que estemos dispuestos a pensar que los participantes constituyen un grupo. Y, como veremos, más probable es que los mismos participantes se consideren así mismo un grupo, y que anden buscando prácticas, usos, convenciones o ‘normas’ para resolver sus problemas de coordinación, y/o a alguien con autoridad para escoger entre las soluciones disponibles. Tales normas serán consideradas entonces como normas *del* y *para* el grupo, y el o los líderes serán considerados como poseedores de autoridad *en* y *sobre* el grupo. La ‘existencia’ del grupo, la ‘existencia’ de reglas sociales, y la ‘existencia’ de la autoridad tienen a ir unidas. Y lo que da sentido a esta atribución de existencia es en cada caso la presencia de un objetivo más o menos compartido o, más precisamente, de una concepción compartida sobre el fin de la cooperación continuada. A este fin podemos llamarlo el bien común.”⁶⁶²

3.5.3.9.8. Obedecer a la propia conciencia

Seguir la propia conciencia: “uno debe actuar ‘de acuerdo a su propia conciencia’...”

“El primer teórico en formular esta novena exigencia con toda su estrictez incondicional parece haber sido Tomás de Aquino: si uno elige hacer lo que juzga que es en último término irrazonable, o si uno elige no hacer lo

⁶⁶⁰ Sm. Th. II-II q. 64, a. 7 ad corpus.

⁶⁶¹ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Op. Cit. Pág. 154.

⁶⁶² *Ibidem*. Pág. 182.

que juzga que en último término es exigido por la razón, entonces su elección es irrazonable (moralmente incorrecta), no importa cuán erróneo sea su juicio de conciencia...”⁶⁶³

Pero la persona debe trabajar y empeñarse por ser razonable, por estar alerta ante las formas de bien y no dejarse desviar “por los sofismas que la inteligencia genera tan fácilmente para racionalizar los excesos, el oportunismo y el amor propio.”⁶⁶⁴ Por eso, también siguiendo a Tomás de Aquino, Finnis añade: “(i) si mi conciencia es errónea, lo que yo haga será irrazonable, y (ii) si mi conciencia es errónea a causa de mi negligencia e indiferencia en formarla, al hacer lo que haga estaré actuando culpablemente (a pesar de que la novena exigencia de la razonabilidad práctica *me* exija hacerlo; y (iii) que si soy consciente de que he formado inadecuadamente mi juicio práctico será razonable por mi parte inclinarme ante instrucciones o normas o consejos contrarios.”⁶⁶⁵

“Esta dignidad de la conciencia incluso errónea es lo que se expresa en la novena exigencia. Fluye del hecho de que la razonabilidad práctica no es simplemente un mecanismo para producir juicios correctos, sino un aspecto de la plenitud de ser personal, que ha de ser respetado...”⁶⁶⁶

3.5.4. La comunidad completa

Una vez expuestas las nueve exigencias de la razón práctica, Finnis se pregunta si no deberían tratarse a éstas desde la perspectiva del individuo en sociedad y no desde la perspectiva del “bienestar individual”. Y considera que así debe hacerse.

Es decir, hay que dar una respuesta a la pregunta: ¿cómo puede realizar cada cual su propio bien, si se encuentra inexorablemente con el hecho de que también los otros buscan su propia realización? Es decir, se trata de “la relación adecuada entre el propio bienestar de cada uno y el bienestar de otros.”⁶⁶⁷ Finnis introduce así el tema de la comunidad.

3.5.4.1. ¿Qué es “la comunidad”?

“¿Quién no ha advertido la peculiar vaguedad del término ‘social’? ¿Quién no se ha sentido ligeramente perplejo con las ‘comunidades’, y las ‘sociedades’, de las que se habla a veces como de (conjuntos de) individuos, a

⁶⁶³ *Ibidem*. Pág. 154-155.

⁶⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 154.

⁶⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 163.

⁶⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 155.

⁶⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 166.

veces como si fueran ellas mismas individuos con intereses, bienestar, etc., y otras veces como ‘sistemas’ (¿de qué?) extremadamente abstractos?”⁶⁶⁸

Finnis aclara que los términos comunidad y sociedad pueden usarse indistintamente. Y que lo que realmente le interesa es determinar que una comunidad o una sociedad no deben ser vistas como “una ‘entidad’ o ‘sustancia’ o ‘cosa’ que ‘existe’, actúa, etc., sino más bien en cuanto al vivir en comunidad o en asociación, un estado de cosas en curso, un compartir la vida o la acción o los intereses, un asociarse o reunirse. La comunidad en este sentido es un asunto de relación y de interacción.”⁶⁶⁹

Por lo mismo, “la comunidad es una forma de relación unificante entre seres humanos”⁶⁷⁰ Estas relaciones unificantes implican orden. Y Finnis encuentra cuatro tipo de órdenes en tales relaciones: “En primer lugar está el orden que podemos entender pero que nosotros no producimos: el orden que es estudiado por las ‘ciencias naturales’. Un ejemplo sencillo de este orden es la relación unificante que existe entre profesor y oyente cuando el oyente oye los sonidos producidos por las cuerdas vocales del profesor; los movimientos interrelacionados de las cuerdas vocales, las ondas sonoras, el aire, los tímpanos, etc., son objeto de estudio para las ciencias naturales.... En segundo lugar, está la unidad u orden que nosotros podemos introducir en nuestro entendimiento mismo: el orden que es estudiado reflexivamente en la lógica, la epistemología, la metodología, y otras disciplinas similares, y que se manifiesta más sencillamente en la coherencia interna de cada *corpus* de conocimiento... Un ejemplo simple de este orden es la relación que existe entre profesor y oyente cuando el oyente oye *exposiciones, argumentos y explicaciones*; el oyente pone su entendimiento en sintonía con el del profesor aunque sólo sea en el grado necesario para estar en desacuerdo con las opiniones del profesor... Parte de nuestra unidad en la comunidad humana, entonces, es la unidad de la inteligencia en sus capacidades, sus operaciones y su producto, el conocimiento...

“En tercer lugar, está la unidad u orden que nosotros introducimos, o imponemos, en cualquier materia que esté sometida a nuestro poder. Este orden es estudiado en las artes (como la cocina, la construcción naval, la navegación), en la tecnología y en todas las ciencias aplicadas, pero también en la creación de símbolos por el hombre (tales como la lingüística... Un ejemplo simple de este orden es la relación que existe entre profesor y oyente cuando el oyente oye el idioma inglés y una técnica pedagógica; el oyente comparte con el profesor la realización y la decodificación de los símbolos formalizados de un lenguaje y de los signos, expresiones... y símbolos menos formalizados que, en virtud del arte pedagógico o retórico, pueden convertirse en portadores de significados. Parte de nuestra unidad en la comunidad humana, entonces, es la

⁶⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 166.

⁶⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 166.

⁶⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 167.

unidad cultural de un lenguaje compartido, una tecnología común, una técnica común.

“En cuarto lugar está la unidad u orden que nosotros introducimos en nuestras propias acciones y disposiciones mediante la inteligente deliberación y elección: el orden que es estudiado de una manera por la psicología (en una de sus ramas), de otra manera por la biografía y la historia de los asuntos humanos, y de otra manera por la ética, la filosofía política, y otras disciplinas similares. Un ejemplo simple de este orden es la relación que existe entre profesor y oyente cuando el oyente oye al profesor, en cuanto persona y maestro; el oyente comparte con el profesor el tomar una decisión conformadora de sí mismos; la decisión del profesor es dedicar parte de su vida a tratar de comunicar conocimiento a otra persona..., mientras que la del oyente es destinar parte de su vida a tratar de adquirir conocimiento de otra persona... Parte de nuestra unidad en la comunidad humana, entonces, es la unidad de la acción común.”⁶⁷¹

“Obviamente, la comunidad humana... es primariamente una cuestión de comunidad en el cuarto orden. Un cierto grado de unidad de los otros tres tipos es claramente necesario si ha de existir la comunidad de acción conjunta o de compromiso mutuo en busca de un cierto bien común.”⁶⁷²

Finnis, siguiendo a Aristóteles distingue: (i) “la comunidad de negocio o de utilidad”: cuando las partes interactúan sólo en función de su propio objetivo, siendo la interacción el medio para conseguirlo. “En tales relaciones hay algún interés común, algún bien común y alguna acción común (coordinada) –pero todo al servicio de que cada uno alcance su propio objetivo... la coordinación de la acción no es valorada por ninguna de las partes como un componente o aspecto de su objetivo”.⁶⁷³ (ii) “La comunidad de juego” (Aristóteles la llamó de “placer”): los que interactúan consideran y valoran su acción de coordinación. “... La característica principal del juego es que la actividad o realización es valorada por los participantes por sí misma, y es ella misma la fuente de su placer o satisfacción... El bien común en las relaciones de juego consiste, así, en que ‘el juego sea bien jugado’”.⁶⁷⁴ (iii) “Comunidad de amistad”: “Si A y B son amigos, entonces la colaboración de cada uno es (al menos en parte) en aras *del otro*, y hay comunidad entre ellos no sólo en el sentido de que hay un interés común en las condiciones y una búsqueda común de los medios por los que cada uno conseguirá lo que quiere para sí mismo, sino también en el sentido de que lo que A quiere para sí mismo lo quiere (al menos en parte) bajo la descripción ‘eso-que-B-quiere-para-sí-mismo’, y viceversa. En realidad, el bien que es común entre amigos no es simplemente el bien de una exitosa colaboración o coordinación, ni es simplemente el bien de dos proyectos u objetivos coincidentes exitosamente logrados; es el bien común de la mutua

⁶⁷¹ *Ibidem*. Pág. 168-169.

⁶⁷² *Ibidem*. Pág. 169.

⁶⁷³ *Ibidem*. Pág. 170.

⁶⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 170-171.

conformación de sí mismos, de la mutua plenitud y autorrealización”.⁶⁷⁵ Por eso “la amistad es la forma de comunidad humana más comunitaria”.⁶⁷⁶

Hay, pues, amistad, cuando la colaboración entre A y B es para crecer y realizarse mutuamente. No busca, en primer término, la autorrealización, sino que en la propia acción para la realización de B, A encuentra su propia realización, y viceversa.

“En el sentido más pleno de ‘amistad’, A es amigo de B cuando (i) A actúa (o está bien dispuesto a actuar) por el bienestar de B, en aras de B, mientras (ii) B actúa (o está bien dispuesto a actuar) por el bienestar de A, en aras de A, (iii) cada uno de ellos sabe de la actividad y de la buena disposición del otro y que el otro a su vez lo sabe, y (iv) cada uno de ellos coordina (al menos parte de) su actividad con la actividad (incluyendo los actos de amistad) del otro de tal modo que existe un compartir, una comunidad, una correspondencia mutua, y una reciprocidad no sólo de conocimientos sino también de actividad (y de este modo, normalmente, de gozo y satisfacción).”⁶⁷⁷

3.5.4.2. *El comunitarismo*

Sin compromiso personal, o como dice Finnis, sin “relación unificante” de lo mío y lo tuyo para formar el nosotros, no se da una verdadera comunidad. De ahí que Finnis señale lo erróneo de la concepción platónica y de las utopías de un estado de naturaleza en el que todo y todos sean de todos; una comuna sin propiedad privada. El comunitarismo diluye el compromiso personal. Y sin compromiso personal no puede haber colaboración ni búsqueda de realización interpersonal. “...uno no podría dar nada a un amigo a menos que uno tenga algo suyo propio para dar.”⁶⁷⁸

El comunismo, es decir una comunidad en la que todo sea de todos y nada sea de nadie, es contrario a los bienes básicos. Atenta contra la autodeterminación y, en consecuencia, contra la libertad. Además de que diluye y desfigura completamente la relación de amistad, puesto que ésta implica dar al otro algo de sí mismo. Y si no se tiene nada, no puede existir este enriquecimiento mutuo, por ausencia de algo propio.

“La amistad no es nada si no es querer el bien del amigo, comprometerse a ayudarlo en su participación, conformadora de sí mismo, en alguno o en todos los aspectos básicos de la plena realización humana. En primer lugar,

⁶⁷⁵ *Ibidem.* Pág. 171.

⁶⁷⁶ *Ibidem.* Pág. 173.

⁶⁷⁷ *Ibidem.* Pág. 172.

⁶⁷⁸ *Ibidem.* Pág. 174.

entonces, no habrá amistad si no hay compromiso, y comprometerse es, en esta vida finita, apartarse de una multitud inagotable de compromisos alternativos que uno podría haber adoptado. En segundo lugar, uno no podría dar nada a un amigo a menos que uno tenga algo suyo propio para dar... En tercer lugar, mucho de lo que tengo para dar sólo puede ser dado a unos pocos y sólo puede ser plenamente dado a unos pocos que están especificados por una relación conmigo que es intrínsecamente permanente.”⁶⁷⁹

3.5.4.3. *Los límites de la familia*

Las relaciones de amistad se dan, en primer lugar, entre los miembros de una familia. Pero la comunidad de la familia no es autosuficiente. No puede proveer todos los bienes que requieren los miembros de ella para su plena realización. Por eso, la familia se abre a otras relaciones de vecindad. “De ahí que los miembros de una familia se realizarán más plenamente si, sin disolver su familia, entran en una red completa de asociaciones con sus vecinos.”⁶⁸⁰

Una familia aislada, de acuerdo a Aristóteles, no puede cumplir cabalmente con su objetivo. Por lo que es necesario que exista una división de trabajo, y una economía más allá de la familiar, donde las familias puedan, de manera más fácil, acceder a los bienes necesarios para su sostenimiento, educación y desarrollo integral de sus miembros.

“... Así como la disolución de la propiedad diluiría la amistad humana, así también la completa absorción de sus miembros por la familia demacraría radicalmente su libertad y autenticidad personal, que también son aspectos básicos de la plenitud humana. Alguien que trata a su esposo o esposa como una pura posesión, o que, cuando sus hijas o hijos han sido educados hasta el umbral de la madurez, procura adoptar los compromisos básicos de esos hijos en lugar de ellos, priva a ese esposo o esposa o a esos hijos de un bien básico...”⁶⁸¹

Es fundamental la familia para el desarrollo de la persona. Pero es insuficiente para su plena realización, precisamente por sus límites en cuanto a la interrelación, la aplicación autoritativa de reglas, la división del trabajo, el aprovechamiento de técnicas, la inserción cultural.

3.5.4.4. *La Subsidiariedad*

En estas relaciones entre familia y comunidades intermedias existe un principio que hay que tomar en cuenta. El principio de “subsidiariedad”. Este principio “afirma que la función propia de asociarse es ayudar a los participantes en

⁶⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 174.

⁶⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 175.

⁶⁸¹ *Ibidem*. Pág. 175-176.

la asociación a ayudarse a sí mismos o, más precisamente, a formarse a sí mismos a través de las iniciativas individuales dirigidas a elegir compromisos... y a hacer efectivos estos compromisos mediante la inventiva y el esfuerzo personales en los proyectos... El mismo principio exige que las asociaciones más grandes no asuman funciones que pueden ser realizadas eficientemente por asociaciones más pequeñas.”⁶⁸²

En las notas a este capítulo, Finnis cita el párrafo 79 de la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI: “... así como es ilícito quitar al individuo y dar al grupo lo que la iniciativa y el esfuerzo privado pueden lograr, así también es una injusticia... que una asociación más grande y más alta se arroge funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por asociaciones más pequeñas e inferiores. Este es un principio fundamental de la filosofía social... Por su misma naturaleza la verdadera meta de toda actividad social debiera ser ayudar (*subsidium afferre*) a los miembros de un cuerpo social, y nunca destruirlos o absorberlos...”⁶⁸³

El fundamento de este principio, dice Finnis, es la misma realización de la persona. Si una persona se le priva de hacer y actuar por sí mismo, y sólo se considera una pieza de un engranaje, en el que otros son los únicos que toman la iniciativa y dirigen autoritariamente, se está privando al ser humano de algo propio. “El bien humano exige no sólo que uno *reciba* y *experimente* los beneficios o los estados deseables; exige que uno *haga* ciertas cosas, que uno *actúe* con integridad y autenticidad; si uno puede obtener los objetos y experiencias deseables mediante su propia acción, mucho mejor todavía. Sólo en la acción (en el sentido amplio que incluye la investigación y la contemplación de la verdad) participa uno plenamente en los bienes humanos.”⁶⁸⁴

3.5.4.5. El Estado

Sin embargo, tampoco las relaciones con las comunidades o asociaciones culturales, de entretenimiento, docentes o económicas pueden dotar de soluciones totales a los requerimientos de la realización personal. Por eso, es necesaria una comunidad “*completa*”: “De modo que surge la deseabilidad de una ‘comunidad completa’, una asociación omnicomprensiva en la que se coordinarían las iniciativas y actividades de los individuos, de las familias, y de la vasta red de asociaciones intermedias. El sentido de esta asociación omnicomprensiva sería asegurar el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colaboración, que tiendan a favorecer, facilitar, y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal.”⁶⁸⁵

⁶⁸² *Ibidem*. Pág. 176.

⁶⁸³ *Ibidem*. Pág. 188.

⁶⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 176.

⁶⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 177.

¿Pero qué es lo que hace que un conjunto de dos o más individuos creen una “comunidad”? El propósito o fin común. No tanto el número ni la calidad de las interacciones que tengan los individuos, sino el propósito que tengan en su accionar, en su interactuar. “... más que la multiplicidad de interacciones lo constitutivo de los grupos humanos, de las comunidades y de las sociedades, es la participación en una meta.”⁶⁸⁶

Finnis ejemplifica el concepto anterior con el empleado de una empresa cuya función es abrir y cerrar la puerta de la construcción a los transportistas de material. Esa persona interactúa con los operadores de los camiones muchas más veces que con sus jefes o compañeros de empresa que trabajan en las oficinas. Y, sin embargo, lo que lo hace ser parte de la empresa, es que su oficio de portero y sus actuaciones con los conductores de los camiones, tienen como fin el mismo de la empresa: obtener mejores resultados económicos, o, al menos, conseguir mantener su empleo.⁶⁸⁷

De ahí que Finnis señale: “se ha de decir que existe un grupo, en el sentido relevante, trátase de un equipo, un club, una sociedad, una empresa, una corporación o una comunidad, dondequiera que haya, por un lapso de tiempo apreciable, una coordinación de actividad entre un cierto número de personas, bajo la forma de interacciones, y con vistas a un objetivo compartido.”⁶⁸⁸ Y a este objetivo compartido “podemos llamarlo el bien común”⁶⁸⁹.

Esta forma de “*comunidad completa*” es el Estado. Finnis anota que el Estado no puede ser, ni mucho menos, una comunidad cerrada, porque necesariamente en la preservación del bien global está su propia preservación: “... hay relaciones entre los hombres que trascienden las fronteras de todas las *poleis*, reinos o estados. Estas relaciones existen querámoslo o no, de formas múltiples y en aumento... porque hay una interdependencia física, biológica, ecológica; hay un vasto acervo común de conocimiento..., y hay un vasto acervo común de tecnología, de sistemas de intercomunicación, de simbolismos ideológicos, de religiones universales... De modo que no hay ninguna razón para negar el bien de la comunidad universal...”⁶⁹⁰

Ahora bien, el aseguramiento del conjunto total de condiciones para el desarrollo de todos y cada uno de los individuos dentro de la comunidad completa “incluye alguna coordinación (por lo menos la coordinación negativa de establecer

⁶⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 181.

⁶⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 180-181.

⁶⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 182.

⁶⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 182.

⁶⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 179.

frenos contras las interferencias) de todos y cada uno de los planes de vida individuales y de todas y cada una de las formas de asociación.”⁶⁹¹

Y “la forma de comunidad que hoy pretende ser completa y autosuficiente, el estado territorial, se queda con la denominación ‘comunidad política’”.⁶⁹² Y los medios impuestos por esta “comunidad política” para lograr la coordinación, son las normas; el derecho. Por eso, Finnis indica que las pretensiones del derecho son: “(i) ... tener autoridad para regular todas las formas de comportamiento humano... (ii)... ser la autoridad suprema para su respectiva comunidad, y regular las condiciones según las cuales los miembros de esa comunidad pueden participar en cualquier otro sistema normativo o asociación; (iii) ... (dar a) entender que ‘adoptan’ reglas y disposiciones normativas... de otras asociaciones de dentro y de fuera de la comunidad completa, ‘otorgándoles eficacia jurídica’.”.⁶⁹³

Entonces, ¿cuáles son los principios sobre los que se asienta la comunidad política? Ésta “existe en parte (y a veces primariamente) como una clase de acuerdo de negocios entre asociados interesados en sí mismos...; en parte (y a veces primariamente) como una forma de juego, en la que los participantes disfrutan el dar-y-tomar, el disenso, el regateo y el compromiso, buscados por sí mismos como una realización enormemente compleja y absorbente; en parte (y a veces primariamente) como una expresión de benevolencia desinteresada, reforzada por el reconocimiento agradecido de lo que uno debe a la comunidad en la que uno se ha criado y en la que encuentra y funda su propia familia y su propio plan de vida...; y de manera característica, por una mezcla de todas estas razones fundamentales.”⁶⁹⁴

Pero lo esencial de un grupo (que no sea meramente agregación de individuos), no son sólo las interacciones que se den entre las personas, ya que pueden existir dichas interacciones sin que haya un grupo. Finnis se refiere nuevamente al caso del empleado de una fábrica que abre y cierra la puerta a los contratistas y/o proveedores. Este empleado interactúa más con los choferes que entran y salen que con sus compañeros de la fábrica o con sus jefes. Y, sin embargo, no forman un “grupo” los choferes y el empleado. “Qué hace de él un miembro de la fábrica? Lo que lo convierte en miembro es que su *propósito* al estar ahí, abriendo y cerrando la puerta, es trabajar para el negocio (para aumentar las ganancias del negocio, o para ganar su sueldo, o las dos cosas); él está por ende dispuesto a ajustar su conducta a las necesidades de la fábrica, tal como él las percibe (*e.g.* si ve que comienza un incendio) o como la administración de la fábrica le indica. Aunque sus

⁶⁹¹ *Ibidem.* Pág. 177.

⁶⁹² *Ibidem.* Pág. 177.

⁶⁹³ *Ibidem.* Pág. 178.

⁶⁹⁴ *Ibidem.* Pág. 178-179.

propósitos u objetivos y los de los conductores están (normalmente) coordinados, no son compartidos; son metas tangenciales o coincidentes.”⁶⁹⁵

Por lo tanto, más que las interacciones, sea en cuanto a número o en cuanto a forma o en cuanto a lugares, lo verdaderamente importante “es el propósito compartido” de los integrantes del “grupo” de que “sus actividades están coordinadas, ya por querer la interacción coordinada por sí misma (como en un juego) ya por querer un objetivo compartido ulterior... Para resumir: se ha de decir que existe un grupo [y esto se reitera], en el sentido relevante, trátase de un equipo, un club, una sociedad, una empresa, una corporación o una comunidad, dondequiera que haya, por un lapso de tiempo apreciable, una coordinación de actividad entre un cierto número de personas, bajo la forma de interacciones, y con vistas a un objetivo compartido.”⁶⁹⁶

Finnis cita el siguiente texto de la Política de Aristóteles que no es sino el rechazo a la concepción del estado como “una mera sociedad de seguros mutuos”⁶⁹⁷: “... La *polis* no es simplemente compartir un territorio común con el propósito de prevenir el daño mutuo y de intercambiar bienes. Éstas son condiciones previas necesarias para la existencia de una *polis*... pero una *polis* es una *koinonia* de familias y de clanes [y de vecindarios] en el vivir bien, con el fin de tener una vida plena y autosuficiente [y en aras de acciones verdaderamente buenas (*kalon*), no simplemente de vivir juntos]...”⁶⁹⁸

Finnis apunta que la comunidad política no es ya tampoco suficiente. Que existen intereses y compromisos que van más allá del propio estado. “De modo que no hay ninguna razón para negar el bien de la comunidad universal”.⁶⁹⁹ El bien de los individuos, por tanto, sólo “puede ser plenamente asegurado y hecho realidad en el contexto de la comunidad internacional”.⁷⁰⁰

De lo anterior, tendríamos que concluir “que la pretensión del estado nacional de ser una comunidad completa es injustificada y el postulado del orden jurídico nacional, concebido como supremo y comprehensivo y como fuente exclusiva de obligación jurídica, es crecientemente lo que los juristas llamarían una ‘ficción jurídica’.”⁷⁰¹

⁶⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 181.

⁶⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 181.

⁶⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 189.

⁶⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 189.

⁶⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 179.

⁷⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 179.

⁷⁰¹ *Ibidem*. Pág. 179.

En el estado, como comunidad total, el fin o el objetivo compartido por todos los integrantes del mismo, es el bien común. “A este fin podemos llamarlo el bien común.”⁷⁰²

3.5.5. El bien común

El bien común no es, como piensa el utilitarismo, el mayor número de bienes para el mayor número de individuos, sino “un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que (tendieran) tiendan a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal. En cada caso, por lo tanto, ‘el bien común’ se (refería) refiere al factor o conjunto de factores (ya fuese un valor, un objetivo operativo concreto, o las condiciones para realizar un valor o alcanzar un objetivo) que, presentes como consideraciones en el razonamiento práctico de una persona, darían un sentido a, o una razón para, su colaboración con otros y darían asimismo, desde el punto de vista de los otros, una razón para su colaboración entre ellos mismos y con esa persona.”⁷⁰³

El fin del estado, podría señalarse, es el bien común. Por eso, las acciones del estado deben estar encaminadas a promover, salvaguardar y enriquecer el bien de todos. Cuando existe parcialidad, abuso, discriminación, el estado se pervierte y se convierte en un obstáculo, en una losa aplastante para el desarrollo y realización personal.

Por lo tanto, el estado, ante este bien de común concreto y definido, ha de “excluir un número considerable de tipos de ordenación política, leyes, etc.,”⁷⁰⁴ que atentan o pueden atentar contra ese bien común.

Finnis señala que hay que distinguir tres sentidos del concepto “bien común”, no obstante la íntima relación que existe entre ellos. Un primer sentido es el de que “hay un ‘bien común’ para los seres humanos, puesto que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenos para todas y cada una de las personas.”⁷⁰⁵ Un segundo sentido es que “cada uno de estos valores humanos es él mismo un ‘bien común’ puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones”.⁷⁰⁶ El tercer sentido “es éste: un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar

⁷⁰² *Ibidem.* Pág. 182.

⁷⁰³ *Ibidem.* Pág. 183.

⁷⁰⁴ *Ibidem.* Pág. 184.

⁷⁰⁵ *Ibidem.* Pág. 184.

⁷⁰⁶ *Ibidem.* Pág. 184.

razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad.”⁷⁰⁷

Finnis acota que en el tercer sentido, el bien común, “no afirma ni implica que los miembros de una comunidad tienen que tener todos los mismos valores u objetivos (o conjunto de valores u objetivos); sólo implica que haya algún conjunto (o conjunto de conjuntos) de condiciones que es necesario conseguir si cada uno de los miembros ha de alcanzar sus propios objetivos.”⁷⁰⁸

“... El bien común es fundamentalmente el bien de los individuos (un aspecto de cuyo bien es la amistad en la comunidad). El bien común, que es el objeto de toda justicia y que toda vida razonable en comunidad debe respetar y favorecer, no debe ser confundido con el acervo común, o con las empresas comunes, que son algunos de los medios para realizar el bien común.”⁷⁰⁹

3.5.6. La Justicia

3.5.6.1. Concepto

Una de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, como se ha visto, es la de promover el bien común. Esta exigencia puede ser formulada de la siguiente manera: “la exigencia de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades”⁷¹⁰. Y esto, para Finnis, se identifica como “la exigencia de la justicia... un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad.”⁷¹¹

Por eso, para Finnis, la Justicia es y será “siempre una voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común.”⁷¹²

Finnis expone su concepto de justicia. En el mismo se encuentran tres elementos: (i) “El primer elemento podría llamarse la *orientación-hacia-otro*: la

⁷⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 184.

⁷⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 184.

⁷⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 197-198.

⁷¹⁰ *Ibidem*. Pág. 154.

⁷¹¹ *Ibidem*. Pág. 191.

⁷¹² *Ibidem*. Pág. 195.

justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es ‘intersubjetiva’ o interpersonal. Hay un problema de justicia e injusticia sólo donde hay una pluralidad de individuos y algún problema práctico acerca de la situación y/o las interacciones de cada uno *vis-à-vis* respecto de otro.”⁷¹³ (ii) “El segundo elemento... es el de *el deber*, lo que le es adeudado o debido (*debitum*) a otro, y, como consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho... La justicia no se refiere a toda relación o trato razonables entre una persona y otra, sino sólo a aquellas relaciones y tratos que son necesarios o adecuados para evitar un mal...”⁷¹⁴ (iii) “El tercer elemento... puede llamarse *igualdad*”.⁷¹⁵ Aclarando que “igualdad” no tiene que ver con un sentido igualitarista, sino con el concepto de proporcionalidad. “... alimentar a un hombre voluminoso con las mismas raciones que a un niño pequeño es y al mismo tiempo no es tratar a los dos ‘de manera igual’ Para evitar malentendidos y simplificaciones excesivas, por tanto, será mejor pensar en una *proporcionalidad*...”⁷¹⁶

Finnis considera que con estos elementos, su teoría de la justicia no es restrictiva. Y en tal sentido no queda reducida “(como la de Rawls) a las ‘instituciones básicas de la sociedad’ (en la que cada uno se conforma plenamente con las instituciones y los principios de justicia.) Tampoco está restringida (como Aristóteles estuvo tentado de restringir la suya) a las relaciones entre iguales maduros y libres en la comunidad política... Las exigencias de la justicia en mi exposición tampoco están restringidas (como en la de Hart) a lo que pueda extraerse del principio ‘tratar de manera semejante los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes’. Mi teoría incluye principios para valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de una manera determinada), prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así...”⁷¹⁷

3.5.6.2. Clases de Justicia

3.5.6.2.1. Justicia General

Para Finnis no existe una “justicia general” que especifique algo concreto. Señala que fue Aristóteles quien introdujo esta distinción, al determinar dos sentidos de la palabra *dikaion*: justicia legal, en un primer término; y justicia en cuanto igualdad, en segundo término. A esta última la llamó “justicia general”.

⁷¹³ *Ibidem*. Pág. 191.

⁷¹⁴ *Ibidem*. Pág. 192.

⁷¹⁵ *Ibidem*. Pág. 192.

⁷¹⁶ *Ibidem*. Pág. 193.

⁷¹⁷ *Ibidem*. Pág. 193-194.

En virtud de que, de acuerdo a Finnis, nosotros “estamos equipados con dos nociones técnicas de las que, en cuanto nociones técnicas, Aristóteles carecía –a saber, el bien común y las distintas y enumerables exigencias de la razonabilidad práctica-, podemos dejar de lado la confusa expresión ‘justicia general’...”⁷¹⁸ y reafirmar que la justicia es “la voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades.”⁷¹⁹

3.5.6.2.2. Justicia Distributiva:

Finnis parte del principio de que la realización personal sólo se da, como por lo demás ya lo había asentado anteriormente, en la “colaboración efectiva entre las personas, y una coordinación de recursos y de empresas (incluyendo siempre, en la noción de colaboración y coordinación, modelos de restricción y de no-interferencia recíprocas).”⁷²⁰

Para hacer realidad “el bien común mediante un conjunto coordinado de condiciones para el bienestar individual en una comunidad”⁷²¹, hay que resolver problemas de dos clases: Primero: los problemas de “distribución de recursos, oportunidades, beneficios y ventajas, roles y cargos, responsabilidades, impuestos y cargas –en general el *acervo común* y los *inconvenientes de la empresa común*, que no sirven al bien común si no son y mientras no son asignados a individuos particulares.”⁷²² La respuesta a estos problemas corresponde a la justicia distributiva.

Y, segundo: “todos los otros problemas... que surgen en las relaciones y los tratos entre individuos y/o entre grupos, donde el *acervo común* y lo que se requiere para la empresa común no están directamente en juego.”⁷²³ La respuesta a estos problemas corresponde a la justicia conmutativa.

Por lo tanto, “una disposición es *distributivamente* justa... si es una solución razonable común de un problema que consiste en asignar algún objeto que es esencialmente común pero que necesita (a favor del bien común) que se asigne a individuos particulares.”⁷²⁴

⁷¹⁸ *Ibidem*. Pág. 195.

⁷¹⁹ *Ibidem*. Pág. 195.

⁷²⁰ *Ibidem*. Pág. 195.

⁷²¹ *Ibidem*. Pág. 196.

⁷²² *Ibidem*. Pág. 196.

⁷²³ *Ibidem*. Pág. 196.

⁷²⁴ *Ibidem*. Pág. 196.

Finnis señala que los objetos pueden ser comunes de dos maneras: “(A)... si no es parte de ninguna persona individual y no ha sido creado por nadie, pero es apto para ser usado en beneficio de cualquiera o de todos: por ejemplo, la energía solar y la luz, el mar, su fondo y su contenido, la tierra y lo que hay en ella, los ríos, el aire y el espacio, la luna...”⁷²⁵ (B) si “... surge de la voluntad de los individuos de colaborar para mejorar su situación.”⁷²⁶ Finnis ejemplifica esto con la organización-colaboración para afrontar una catástrofe. Hay tareas que realizar, aportaciones que hacer, funciones que desempeñar: roles, o como los llamó anteriormente, “inconvenientes de la empresa común”. Y éstos son, así, literalmente, “comunes”. Pero también la organización-colaboración produce obras para contener y salvaguardarse de la catástrofe. Éstas son también “comunes”, porque “ninguno de ellos hace realidad sus potencialidades beneficiosas para alguno o para todos sin alguna asignación, condicional o incondicional, a personas determinadas... El problema de la justicia distributiva es: a quién y bajo qué condiciones hacer esta asignación necesaria.”⁷²⁷

Sin embargo, Finnis aclara y puntualiza que no se debe perder de vista que la exigencia de la razonabilidad práctica es la realización personal. Y que, en aras de esta exigencia, las empresas comunes no deben absorber al individuo ni ser consideradas “como fines en sí mismas(os), sino como medios de asistencia, como formas de ayudar a los individuos a ‘ayudarse a sí mismos’ o, más precisamente, a conformarse a sí mismos.”⁷²⁸

Hay un rechazo absoluto de Finnis al estatismo: “El intento, en aras del bien común, de absorber por completo al individuo en empresas comunes sería por ende desastroso para el bien común, no importan cuánto prosperen las empresas comunes... Y en todos esos campos de actividad, incluyendo la actividad económica, donde los individuos, o las familias, u otros grupos relativamente pequeños, puedan ayudarse a sí mismos mediante sus propias iniciativas y esfuerzos privados sin dañar con ello (por acto u omisión) el bien común, tienen en justicia derecho a que se les permita hacerlo, y es injusto exigirles que sacrifiquen su iniciativa privada requiriéndoles que, en lugar de ella, participen en una empresa pública.”⁷²⁹

3.5.6.2.3. La propiedad privada

“... Qué se quiere decir con ‘propiedad privada’. Lo que yo quiero decir se resume en la aparente paradoja que Aristóteles utiliza para resumir su

⁷²⁵ *Ibidem.* Pág. 196.

⁷²⁶ *Ibidem.* Pág. 196.

⁷²⁷ *Ibidem.* Pág. 197.

⁷²⁸ *Ibidem.* Pág. 198.

⁷²⁹ *Ibidem.* Pág. 198.

análisis bastante similar: ‘la propiedad debe ser común en algún sentido, pero privada hablando en general... sobre los bienes debería haber un dominio privado, pero un uso común...’ los individuos, individualmente o agrupados, deberían tener acceso directa o indirectamente (como, por ejemplo, en el caso de un accionista de una sociedad de acciones) a los recursos naturales, a los bienes de capital, y/o a los bienes de consumo durables, siendo tal acceso más o menos exclusivo (en cuanto que él o ellos tengan derecho a excluir a otros individuos del acceso), más o menos inmune al despojo por o a instancias de otros individuos, y más o menos transmisible a voluntad. El propósito de estos derechos de exclusión y transmisión e inmunidad al despojo es darle al propietario privado la libertad de mostrar su creatividad, su inventiva y su firme cuidado y atención respecto de los bienes de que se trata; darle seguridad para disfrutarlos, invertirlos o desarrollarlos, y proporcionarle la oportunidad de intercambiarlos...”⁷³⁰

Finnis señala dos argumentos a favor de la propiedad privada: uno: los bienes se cuidan y explotan mejor cuando le pertenecen a alguien. Es un argumento que nos presenta la experiencia. Y, dos: los miembros de la comunidad que dependen de los propietarios de los recursos para su sustento, se verían privados de esa participación propia en los beneficios, si se adoptara un régimen estatal.

Nuestro autor señala que la propiedad privada puede, justamente, encontrarse con un sistema más o menos estatista. Las formas de compaginación son muy variadas y no es posible dar un modelo que se considere “caso puro”⁷³¹ de propiedad privada.

Además, en razón de lo que Finnis ha dicho que entiende por propiedad privada, su concepto exige a los propietarios: (i) no usar la propiedad privada sin provecho para el bien común (sentido negativo). “... un régimen de propiedad privada será una exigencia de justicia, a condición de que la acrecentada provisión de bienes producidos por tal régimen no sea acaparada por una clase de propietarios privados exitosos, sino que esté disponible a través de mecanismos apropiados (*e.g.*, la participación en las ganancias; el comercio en condiciones de mercado competitivas; la tributación redistributiva; el pleno empleo a través de inversiones productivas, etc.) para todos los miembros de la comunidad, en la debida medida.”⁷³² (ii) Destinar los bienes de propiedad privada en provecho de la comunidad (sentido positivo): “El propietario privado de un recurso natural o de un bien de capital tiene el deber de justicia de destinarlo a un uso productivo o, si carece de los recursos adicionales necesarios para hacerlo, de ponerlo a disposición de alguien que quiera y pueda hacerlo. Los *latifundia* inexplorados de los ricos... son un signo de injusticia... De manera similar, la adquisición y disposición especulativa de la

⁷³⁰ *Ibidem*. Pág. 198-199.

⁷³¹ *Ibidem*. Pág. 201.

⁷³² *Ibidem*. Pág. 199.

propiedad, con fines de ganancia meramente financiera no correlativa a ninguna explotación o uso productivo, es contraria a la justicia distributiva.”⁷³³

Pero también, Finnis sostiene que se atenta contra la justicia distributiva cuando el todo pretende absorber a los individuos; cuando éstos son considerados como medios para obtener el fin de una empresa o de un objetivo común. Porque, en estos casos, se confunde dramáticamente el destino de los bienes “esencialmente comunes”, pero para beneficio de los individuos de la comunidad, con la comunidad como un ente que engulle y despersonifica a los individuos. Se reitera lo dicho anteriormente: “El intento, en aras del bien común, de absorber por completo al individuo en empresas comunes sería por ende desastroso para el bien común, no importa cuánto prosperen las empresas comunes.”⁷³⁴

Así, Finnis vuelve al punto de partida: ¿qué entiende por propiedad privada? El dominio de bienes para el propio provecho hasta una medida razonable. “... más allá de un cierto punto, lo que estaba disponible en común pero fue con justicia hecho privado, por el bien común, llega a ser de nuevo, en justicia, parte del acervo común; aunque asignado como propio para su gestión y control, ya no está para su beneficio privado sino que es mantenido por él de modo inmediato para el beneficio común... A partir de este punto, el dueño tiene, en justicia, deberes no del todo diferentes de los de un propietario fiduciario... Puede cumplirlos de varias formas – invirtiendo su excedente en la producción de más bienes para su posterior distribución y consumo; proporcionando empleos remunerados a la gente que busca trabajo; mediante donaciones o préstamos a hospitales, escuelas... Cuando los propietarios no cumplan estos deberes... entonces la autoridad pública puede con razón ayudarles a cumplirlos diseñando y aplicando sistemas de distribución, *e.g.* mediante tributación ‘redistributiva’ con propósitos de ‘bienestar social’, o mediante alguna medida de expropiación.”⁷³⁵

3.5.6.3. Criterios de justicia distributiva

Finnis asevera que “el objetivo de la justicia no es la igualdad sino el bien común.”⁷³⁶ Y que si bien es verdad que la igualdad es un principio de la justicia, este principio, en todo caso, “es residual, superado por otros criterios y aplicable sólo cuando esos otros criterios son inaplicables o no logran arribar a ninguna conclusión.”⁷³⁷

⁷³³ *Ibidem.* Pág. 201.

⁷³⁴ *Ibidem.* Pág. 198.

⁷³⁵ *Ibidem.* Pág. 202.

⁷³⁶ *Ibidem.* Pág. 203.

⁷³⁷ *Ibidem.* Pág. 203.

Esos otros criterios de la justicia distributiva de los que habla Finnis son, para él: (i) La necesidad: se debe distribuir de acuerdo a las necesidades de los individuos. Sin embargo, dice Finnis que este criterio juega con ciertos márgenes, porque no es lo mismo distribuir a gente verdadera necesitada ante una emergencia o contingencia natural, que distribuir a quienes “cuya indigencia proviene de su propia irrazonable falta de voluntad para esforzarse por su propio bien.”⁷³⁸ (ii) La función: el rol que cada individuo desempeña en la comunidad. (iii) La capacidad: como ejemplo, Finnis establece el de la educación superior: “debería estar accesible sólo para aquellos capaces de beneficiarse de ella.”⁷³⁹ (iv) Los méritos y las Aportaciones: quien más se esfuerza y aporta debe recibir más. Y (v) El grado de responsabilidad: “... en la distribución de los costos y las pérdidas de la empresa común lo *equitativo* dependerá a menudo de si algunas partes han creado o al menos previsto y aceptado riesgos evitables mientras que otras ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos o de evitarlos o de asegurarse contra ellos.”⁷⁴⁰

En la aplicación de estos criterios, lo advierte Finnis, no se trata de “evaluar estados de cosas y sus consecuencias. Más bien, (estamos tratando) se trata de evaluar qué exige la razonabilidad práctica de personas determinadas (en su trato con otras personas).”⁷⁴¹ Esto a pesar de la dificultad que puede representar una decisión con respecto a un juicio de valor.

Para Sartre resulta un dilema de imposible solución la decisión que pudiera tomar un joven entre atender a su madre enferma o enrolarse para luchar contra los nazis. Finnis señala que el planteamiento de Sartre es incompleto, porque ninguna de esas dos posibilidades u otras más que puede tener el joven, son, cada una de ellas, exigencias exclusivas de la razón práctica. “... lo que la razonabilidad práctica ciertamente condena como irracional e irresponsable (es) a alguien que en una situación de este tipo decide hacer cualquier cosa que le sugiere la primera persona con que se encuentra, ya sea dispararle a su madre, unirse a las fuerzas de ocupación, emborracharse hasta la inconsciencia, suicidarse, lo que sea –todas éstas son posibilidades que Sartre simplemente pasa por alto.”⁷⁴²

La crítica de Finnis se dirige, pues, contra dos concepciones modernas de la justicia: La primera, como se ha visto antes, que los juicios racionales son imposibles en el campo de los valores. Si bien es cierto que no existen “directrices precisas y absolutas de la razón al valorar las responsabilidades”⁷⁴³, también lo es que la

⁷³⁸ *Ibidem*. Pág. 203.

⁷³⁹ *Ibidem*. Pág. 204.

⁷⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 204.

⁷⁴¹ *Ibidem*. Pág. 204.

⁷⁴² *Ibidem*. Pág. 205.

⁷⁴³ *Ibidem*. Pág. 205.

razonabilidad sí exige ser responsable ante cualquier decisión que se tome frente a la gama de posibilidades que se presentan para la plena realización, y, en este campo de la justicia, para la contribución propia al bien común.

La segunda es la de considerar a cada persona como igual, y afirmar que la responsabilidad en la distribución es numéricamente idéntica. Esta concepción elude la realidad de que cada uno de nosotros estamos relacionados con nuestros familiares, con los amigos, con los compañeros de trabajo o con los que colaboran en un proyecto bajo nuestra dirección. Simplemente no se puede ser indiferentes ante estas relaciones y considerar que, independientemente, de ellas, hay que dar a todos por igual. Esto va contra el sentido común, pero también contra la realidad de nuestros sentimientos y responsabilidades para con los que más dependen de cada uno.

“... al pensar sobre la justicia, deberíamos ir más allá, y rechazar el principio, tan verosímil a primera vista, de que ‘cada persona cuenta como una y sólo como una’; pues este principio no es razonable como principio para las deliberaciones prácticas de nadie. Respecto de todos y de cada uno la verdad es que, por sus promesas, y/o su paternidad, y/o sus deudas de gratitud, y/o sus relaciones de interdependencia con o de autoridad respecto de personas o comunidades determinadas, uno no puede razonablemente dar igual ‘peso’, o igual consideración, a los intereses de toda persona en todos los casos en que uno podría descubrir y afectar esos intereses”.⁷⁴⁴

3.5.6.3.1. Justicia conmutativa

Finnis reporta que Aristóteles concibió este tipo de justicia como meramente reparativa o correctiva. “El verdadero problema de la explicación de Aristóteles es su énfasis en la corrección, en el remediar la desigualdad que surge cuando una persona daña o toma algo de otra, o cuando una de las partes cumple su parte en un pacto mientras que la otra no.”⁷⁴⁵ El concepto de Aristóteles de justicia “correctiva” se queda corto.

Tomás de Aquino cambió el término “correctiva” por “conmutativa”. “...no está limitada ni a la corrección ni a las transacciones voluntarias o de negocios, sino que es casi tan extensa como el término *commutatio* del latín clásico (=‘cambio’)... Con esta expresión, pues, podemos cubrir todo el campo en el que, dejando de lado los problemas de asignación de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo los grupos).”⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 206.

⁷⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 207.

⁷⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 207.

En la solución de muchos problemas pueden estar implicados tanto elementos de la justicia distributiva como conmutativa. Pero, independientemente de ello, interesa resaltar que si bien no siempre la ley obliga al cumplimiento del deber de justicia, no por ello éste desaparece. “...la relación entre derecho y justicia no es simétrica; la existencia de un determinado régimen jurídico, sobre los contratos por ejemplo, puede crear deberes jurídicos que son también deberes “morales” de justicia a causa de la confianza de la otra parte en el cumplimiento de acuerdo con ese régimen jurídico, pero que no serían deberes de justicia en otro régimen jurídico razonable; en cambio, no se sigue de ahí que, cuando la ley razonablemente se abstiene de forzar a cumplir un deber de justicia, ese deber deje de existir según la justicia.”⁷⁴⁷

Así mismo, se puede actuar legalmente pero incumplir un deber de justicia conmutativa, como por ejemplo, dice Finnis, cuando un litigante apela sólo para retrasar el cumplimiento de la sentencia.

Al referirse Finnis a casos concretos de justicia conmutativa, como la del cumplimiento de los contratos, la reparación del daño moral, la veracidad ante las autoridades judiciales (“... si A comete perjurio contra B en un juicio, agravia a B según la justicia conmutativa.”⁷⁴⁸), señala expresamente: “el deber general tanto de los funcionarios públicos como de los ciudadanos privados de obedecer las leyes justas (y aún, a veces, las injustas) es un deber de justicia conmutativa”.⁷⁴⁹

“... La adhesión a estos deberes de justicia conmutativa entre un *individuo* y otro es un aspecto integral e indispensable del respeto y favorecimiento del bien *común*. ¿Cómo puede decirse que goza de una buena situación una sociedad en la cual los individuos no respetan los derechos de los demás?”⁷⁵⁰

3.5.6.3.1.1. *El modelo del Cardenal Cayetano*

Finnis critica y rechaza la interpretación que el Cardenal Cayetano (1484-1534)⁷⁵¹ hace del tratado de la justicia en la Suma Teológica de Santo Tomás. Cayetano creó un modelo simplista que, en su simplicidad y simetría cautivó a la escolástica post-tomista. “... El modelo aristotélico-tomista... había clasificado la

⁷⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 212.

⁷⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 212.

⁷⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 212-213.

⁷⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 212.

⁷⁵¹ Fue general de los Dominicos. Trató de convencer a Lutero de que no se apartara de la comunión de la Iglesia. Favoreció a Carlos V para ser nombrado emperador del Sacro Imperio Romano (Dieta de Frankfurt). Intervino en la decisión sobre la validez del matrimonio de Enrique VIII y Catalina de Aragón.

justicia en ‘general’ (o ‘legal’) y ‘particular’ y había subdividido la justicia particular en distributiva y conmutativa.”⁷⁵²

Cayetano modificó el modelo y estableció que hay tres especies de justicia, en cuanto existen tres tipos de relaciones en un grupo: (i) Las relaciones de las partes entre sí. A estas relaciones corresponde la justicia conmutativa. (ii) Las relaciones del todo con las partes. A estas relaciones corresponde la justicia distributiva. Y (iii) las relaciones de las partes con el todo. A estas relaciones corresponde la justicia legal. “Porque la justicia legal orienta a las partes hacia el todo; la distributiva, el todo hacia las partes, y la conmutativa orienta a las partes entre sí”.⁷⁵³

3.5.6.3.1.2. *La justicia distributiva no es exclusiva del Estado*

El modelo de Cayetano pasaría por ser meramente académico si no fuera porque con posterioridad al mismo se ha llegado a considerar como exclusivo del Estado la justicia distributiva. Lo que no es verdad. Los particulares también están obligados a este tipo de justicia.

La justicia distributiva, como ya se ha dicho, consiste en “asignar algún objeto que es esencialmente común pero que necesita (a favor del bien común) que se asigne a individuos particulares”.⁷⁵⁴ Y, en razón de la propiedad privada es que esos bienes, que son esencialmente comunes, asignados en propiedad a determinados individuos, no pierden su naturaleza de disponibilidad para la comunidad. Por lo que, los particulares, y no sólo el estado, tienen también deberes de justicia distributiva a fin de que sus propiedades redunden en distribución de bienes para los demás, a favor del bien común.

De esta asunción de que el Estado es el único facultado para aplicar la justicia distributiva, se desprende, en otro sentido, la idea de Nozick de que “una vez que alguien ha adquirido de manera justa determinadas capacidades, dotes o pertenencias (propiedad, etc.), es injusto que cualquiera, incluido el Estado, le prive de algunas de esas pertenencias, o eche mano a la fuerza de cualquiera de sus capacidades, con el propósito de ayudar a otras personas. Los sistemas de tributación con propósitos de redistribución y de bienestar social son por ende injustos; equivalen a la imposición de trabajos forzados, a una injustificable violación de los derechos de un hombre sobre su propio cuerpo, esfuerzo y propiedad, de su derecho a no ser forzado a hacer ciertas cosas.”⁷⁵⁵

⁷⁵² FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Op. Cit. Pág. 213.

⁷⁵³ *Ibidem*. Pág. 213.

⁷⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 196.

⁷⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 215.

La idea de Nozick está centrada en la facultad coactiva del Estado para distribuir los bienes. Pero si consideramos que los particulares ya tienen la obligación de hacerlo, entonces la ley no viene a representar un papel central sino subsidiario: sólo en el caso de que los particulares incumplan con sus deberes de justicia distributiva, entonces se aplicará la fuerza coactiva del Estado. “El rol de las autoridades de gobierno y del derecho al determinar, para comunidades políticas particulares, las exigencias particulares de la justicia distributiva, es un rol decisivo pero subsidiario.”⁷⁵⁶

Para ejemplificar en un caso concreto las exigencias de justicia, y que ésta no puede ser aplicada en el sentido de la interpretación cayetana, y menos todavía de la teoría de la titularidad histórica de Nozick (“las cosas llegan a este mundo ya ligadas a la gente que tiene títulos sobre ellas”⁷⁵⁷), Finnis echa mano de la figura legal de la quiebra: el patrimonio del quebrado queda a cargo del síndico, como un patrimonio común a favor de los acreedores. Al quebrado se le hace justicia porque la ley evita que caiga en la mendicidad, prohibiendo que sus instrumentos de trabajo y su salario sean embargados. Las normas de prelación en los créditos realizan también las exigencias de justicia porque tienen como objetivo preservar los derechos de los que su entero patrimonio dependía del quebrado: los trabajadores. Después, los acreedores con alguna garantía real, y finalmente los acreedores comunes. Éstos participan en la masa del quebrado en una proporción geométrica; no aritmética. Es decir en forma proporcional a su crédito.

“... El derecho de quiebras hace efectivas las pretensiones conmutativamente justas de los acreedores del insolvente y, al mismo tiempo, sujeta todas esas pretensiones a un principio de justicia distributiva. Sin un derecho de quiebras, o simplemente antes de que las disposiciones de tal derecho sean aplicadas a un deudor determinado, cada uno de sus acreedores tiene el derecho de satisfacer la totalidad de su pretensión en la totalidad de los bienes del deudor, con prescindencia de las pretensiones de cualquier otro acreedor. El derecho de quiebras reúne todas las pretensiones, y trata la propiedad del deudor como si fuera ahora la propiedad común de los acreedores (para decirlo técnicamente, la titularidad legal se asigna al síndico de la quiebra, pero el beneficio se asigna a los acreedores en común, sujeto a una división conforme a derecho realizada por el síndico). El derecho de quiebras se aparta radicalmente de este modo del principio fundamental de la ‘teoría de la titularidad histórica’ sobre la justicia sostenida por Nozick.”⁷⁵⁸

Las normas positivas sobre la quiebran manifiestan con nitidez que la justicia distributiva no es exclusiva del Estado; que la distribución de los activos restantes del quebrado, constituyen un patrimonio común para ser asignado, en forma

⁷⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 216.

⁷⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 215.

⁷⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 217.

proporcional, a los acreedores comunes. Sin que ello implique desconocer las exigencias de justicia conmutativa de estos últimos.

Lo anterior no significa que el derecho de quiebras garantice la justicia. El quebrado puede valerse de la quiebra para defraudar a sus acreedores. Por eso, Finnis afirma que “ningún sistema de derecho puede asegurar la justicia si sus mismos súbditos, para no hablar de sus funcionarios, son indiferentes a la justicia.”⁷⁵⁹

3.5.7. Derechos Naturales

Derechos naturales y derechos humanos es, para Finnis, un sinónimo. Y “los derechos humanos o naturales son los derechos morales fundamentales y generales; se pueden llamar ‘humanos’ o ‘naturales’ los derechos morales particulares o concretos –por ejemplo, el derecho de Jaime a que su correspondencia privada no sea leída por Juan durante su ausencia de la oficina hoy-, pero es más corriente llamarlos derechos ‘morales’, derivados, por supuesto, de las formas generales de derechos morales, *i.e.* de los derechos humanos.”⁷⁶⁰

Derechos morales-derechos humanos-derechos naturales: para Finnis se trata de la misma realidad.

3.5.7.1. Análisis del lenguaje de los derechos

Finnis presenta el análisis jurídico contemporáneo del lenguaje de los derechos que hace Hohfeld (1879-1918)⁷⁶¹. “... los postulados fundamentales (de Hohfeld) son: (i) que todas las afirmaciones o asignaciones de derechos pueden reducirse sin residuos a asignaciones de uno o una combinación de los siguientes cuatro ‘derechos hohfeldianos’: (a) ‘derecho-exigencia’ (llamado por Hohfeld ‘derecho *stricto sensu*’), (b) ‘libertad’ (llamada por Hohfeld ‘privilegio’), (c) ‘poder’, y (d) ‘inmunidad’; y (ii) que afirmar un derecho Hohfeldiano es afirmar una relación de tres términos entre una persona determinada, una descripción de un tipo de acto y otra persona determinada.”⁷⁶²

“... el más importante de los servicios prestados a la claridad de pensamiento por el modelo de Hohfeld es la distinción entre el *derecho-exigencia* de A (que tiene como su correlato el deber de B) y la libertad de A

⁷⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 218.

⁷⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 228.

⁷⁶¹ Graduado en Harvard y profesor en Yale y Stanford. Consideró que los juristas utilizan el término “derecho” con diversos sentidos. Ello produce conclusiones y pensamientos imprecisos sobre el derecho. Por eso su estudio minucioso sobre los significados del término “derecho”.

⁷⁶² FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*. Op. Cit. Pág. 228.

(que es la libertad de A respecto del deber y por ende tiene como su correlato la ausencia o negación del derecho-exigencia que B tendría en caso contrario).”⁷⁶³

Sin embargo, señala Finnis, los juristas hablan más frecuentemente de derechos “no como relaciones de tres términos entre dos persona y una acto de cierto tipo, sino como relaciones de dos términos entre las personas y una materia o una cosa (en sentido amplio).”⁷⁶⁴

3.5.7.2. *Qué es lo que hace que exista un derecho*

El problema está en dilucidar “¿cuál es, si lo hay, el principio subyacente que unifica los diversos tipos de relaciones respecto de las cuales razonablemente se dice que tienen que ver con los ‘derechos’? O, más toscamente: ¿hay alguna explicación general sobre qué es tener un derecho?”⁷⁶⁵

La respuesta todavía sigue en el plano del análisis lingüístico. “Por una parte, se dice que los derechos en todas sus formas son *beneficios* garantizados a las personas por reglas que regulan las relaciones entre esas personas y otras personas sometidas a esas reglas... Por otra parte, se dice, todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriban en que tales reglas reconocen específicamente y respetan la *elección* propia de una persona, ya negativamente no impidiéndola u obstruyéndola (libertad e inmunidad) ya afirmativamente otorgando efecto jurídico o moral a esa elección (derecho-exigencia y poder)”⁷⁶⁶

A la primera concepción se le denomina “teoría del beneficio”; a la segunda, “teoría de la elección”. Esta última implica que el titular del derecho es libre para exigir o condonar o nunca pedir el cumplimiento de la obligación de su contraparte. Finnis cita el siguiente texto de Hart, ya que considera a éste el principal representante de la teoría de la elección: “El caso de un derecho correlativo a una obligación surge entonces sólo como un caso especial de poder jurídico, en el cual el titular del derecho es libre para condonar o extinguir o hacer cumplir por la fuerza o dejar que se incumpla la obligación de otro.”⁷⁶⁷

Pero el mismo Hart reconoce que ni la teoría de la elección ni la teoría del beneficio logran explicar una clase de derechos que los juristas “... consideran como esenciales para el sostenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad del individuo... En tal discurso (de Hart), ‘el núcleo de la noción de derechos no es

⁷⁶³ *Ibidem*. Pág. 229.

⁷⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 230.

⁷⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 232.

⁷⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 233.

⁷⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 233.

ni la elección individual ni el beneficio individual, sino unas necesidades individuales básicas o fundamentales”,⁷⁶⁸ que en la terminología finnisiana son las formas básicas de bien.

Por lo tanto, para Finnis habrá derecho “siempre que una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo, *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigencia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo.”⁷⁶⁹

3.5.7.3. Análisis lingüístico del término “ius”

El lenguaje moderno asocia la concepción del “derecho” a la “libertad de acción y/o poder para afectar la libertad de acción de otros.”⁷⁷⁰ Pero el antecedente del término “derecho” es “ius”. Y ius, para los romanos, aunque ellos no intentaron o no sintieron la necesidad de analizarlo lingüísticamente, bien podía referirse tanto al derecho otorgado como a la obligación exigida por la justicia expresada en la norma. Esto es, entendían que los *iura* eran tanto posibilidades de libertad como de deber. “En el pensamiento jurídico romano ‘jus’ indica frecuentemente la asignación entre las partes de lo que les corresponde en justicia según la ley; y la ‘porción’ de una parte en tal asignación puede ser una carga, no un beneficio –ni menos un poder o una libertad de elección”.⁷⁷¹

Finnis indica que al revisar la historia del concepto de *ius*, podemos descubrir una “línea divisoria”⁷⁷² o un cambio de perspectiva con consecuencias prácticas, y no meramente académicas. Ello es así porque:

Primero, para Tomás de Aquino “*ius*” es “lo justo”. Esto es, el objeto referido, la cosa, situación o relación que es en sí misma justa. Y sólo en forma secundaria, o análoga, “*ius*” significa la norma que expresa el objeto justo. “Tomás de Aquino introduce su elaborado estudio de la justicia con un análisis del *jus*, comenzando por dar una lista de significados de “*jus*”. El significado primario, dice, es ‘la misma cosa justa’ (y con ‘cosa’, como deja claro el contexto, él quiere decir actos, objetos y estados de cosas, considerados como materias de relaciones de

⁷⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 234.

⁷⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 234.

⁷⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 234.

⁷⁷¹ *Ibidem*. Pág. 238.

⁷⁷² *Ibidem*. Pág. 235.

justicia). Se podría decir que para Tomás de Aquino ‘*jus*’ significa primariamente ‘lo justo’ (*fair*) o ‘aquello que es justo’; ... Luego procede a enumerar significados secundarios y derivados de ‘*jus*’ (relaciones de justicia): ‘el arte por el cual uno conoce o determina lo que es justo’ (y los principios y reglas de este arte, añade, son la ley (*the law*), ‘el lugar donde se dictamina lo justo’ (*i.e.*, en los sistemas jurídicos modernos, el tribunal), y, finalmente, ‘el dictamen o sentencia del juez (aunque sea injusta), cuyo rol es hacer justicia’.⁷⁷³

Con Francisco Suárez, en 1610, “*ius*” pasa a significar la facultad que un sujeto tiene para exigir algo a otro. “... dice que el ‘significado verdadero, estricto y propio’ de ‘*jus*’ es: ‘una clase de poder moral (*facultas*) que todo hombre tiene, ya sobre sus propios bienes ya respecto de aquello que le es debido’”.⁷⁷⁴

“El significado que para Tomás de Aquino era primario es mencionado bastante vagamente por Suárez y luego se pierde de vista; a la inversa, el significado que para Suárez es primario no aparece en lo absoluto en el análisis de Tomás de Aquino. En algún lugar entre los dos hombres hemos cruzado la línea divisoria.”⁷⁷⁵

En 1625 Hugo Grocio, siguiendo el concepto de Suárez, asienta que “*ius*” (*iure*), en el título de su obra es “aquello que es justo; pero ofrece luego una elaborada exposición de ‘otro significado de *jus*... que hace referencia a la persona; este significado de *jus* es: una cualidad moral de la persona que la habilita (*competens*) para tener o hacer algo en justicia.”⁷⁷⁶ Y sostiene Grocio que este último será el significado con el que se refiera a *ius* en su obra.

Grocio determina también lo que entiende por “cualidad moral”, misma que puede ser perfecta o imperfecta. A la primera la denomina “*facultas*”; a la segunda “*aptitudo*”. La “*facultas*” comprende: “(i) poder (*potestas*), que puede ser poder sobre uno mismo (llamado libertad: *libertas*) o poder sobre otros (*e.g.*, *patria potestas*, el poder de un padre sobre su familia); (ii) dominio (*dominium*)...; y (iii) crédito, al cual corresponde lo adeudado (*debitum*).”⁷⁷⁷

“Grocio está en el mismo lado de la línea divisoria que Suárez: *jus* es esencialmente algo que alguien *tiene*, y sobre todo (o al menos paradigmáticamente), un *poder* o una *libertad*. Si se prefiere, es el significado primario de ‘*jus*’ de Tomás de Aquino, pero transformado *refiriéndolo*

⁷⁷³ *Ibidem*. Pág. 235.

⁷⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 235.

⁷⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 235.

⁷⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 236.

⁷⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 236.

exclusivamente al beneficiario de la relación justa, sobre todo a sus acciones y posesiones.”⁷⁷⁸

El cambio de perspectiva es tan radicalmente importante que puede “sacar al titular del derecho, y su derecho, completamente fuera de la relación jurídica que está fijada por la ley (moral o positiva) y que funda el *jus* en el sentido de Tomás de Aquino: ‘lo que es justo’. En efecto, dentro de pocos años Hobbes ya escribe: ‘... *jus* y *lex*, derecho y ley... deben distinguirse; porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de abstenerse de hacer; mientras que la ley determina y obliga a una de las dos cosas; de manera que la ley y el derecho difieren entre sí tanto como la obligación y la libertad, que respecto de una sola y misma materia son incompatibles.”⁷⁷⁹

“El contraste en ley (*law*) y derechos (*rights*), llevado hasta el extremo que Hobbes pretende, priva a la noción de derecho prácticamente de toda su significación normativa. Hobbes desea sostener que un hombre posee el máximo de derechos cuando se encuentra en el ‘estado de naturaleza’, *i.e.* en un vacío de ley y de obligación, puesto que ‘en tal condición, todo hombre tiene derecho a todas las cosas; incluso al cuerpo de otro hombre. Pero por la misma razón bien podríamos decir que, en una situación de ese tipo, en la que nadie tiene ningún deber de no tomar cualquier cosa que quiera, *nadie tiene ningún derecho*. El hecho de que bien podríamos decir lo anterior muestra que el lenguaje ordinario moderno de ‘los derechos’ no sigue a Hobbes hasta el final en su contraste entre ley y derechos.”⁷⁸⁰

Para Hobbes, por lo tanto, el hombre es libre y, por tanto, poseedor de todos los derechos en su estado de naturaleza. Es decir, cuando no existe ley. Por eso, Locke sostiene que “un derecho (*jus*) es paradigmáticamente una libertad”.⁷⁸¹

Finnis señala que el concepto de “ius” como facultad es el prevalente en el lenguaje jurídico y común de nuestra actual sociedad. “(... los juristas y los hablantes comunes en todos los idiomas modernos) piensan en ‘un derecho’ como algo beneficioso que una persona *tiene* (en la terminología de Grocio, una ‘cualidad moral’ (en un sentido que incluye también la cualidad jurídica), más que ‘aquello que es justo en una situación dada’, el conjunto de relaciones jurídicas establecidas, por reglas, entre dos o más personas en relación con una materia (acto, cosa o estado de cosas).”⁷⁸²

⁷⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 236.

⁷⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 236.

⁷⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 237.

⁷⁸¹ *Ibidem*. Pág. 237.

⁷⁸² *Ibidem*. Pág. 237.

No obstante lo anterior, el autor de *Natural law Natural Rights* reconoce que “el lenguaje moderno de los derechos es más flexible y, al ser más específico en su punto de vista o perspectiva, es *susceptible* de ser usado de un modo más diferenciado y con mayor precisión que el uso premoderno de ‘el derecho’ (*jus*).”⁷⁸³

En el lenguaje premoderno –en todo el derecho romano clásico– “*ius*” era tanto una libertad, como una obligación. Igualmente en este lenguaje premoderno no se pierde de vista la relación. Por eso, “lo debido” apunta en las dos direcciones... tanto a lo que es debido por alguien como a lo que es debido a alguien. Esto se une, a su vez, a un ‘matiz en las sociedades tribales, que es que enfatizan el deber y la obligación, a diferencia del matiz de la sociedad occidental moderna, con un énfasis en el derecho (los derechos)’.”⁷⁸⁴

Sobre la cuestión de si, por lógica, es primero el deber o el derecho, Finnis establece que desde el punto de vista de “las exigencias de la justicia... hay razón para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia, desempeña un rol más explicativo y estratégico que el concepto de derechos. No por eso tiene menor importancia o dignidad el concepto de derechos, pues el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo *beneficio*, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye su *derecho* porque les es *exigido* a esos otros en justicia.”⁷⁸⁵

3.5.8. Los derechos humanos

Siguiendo en el análisis del lenguaje, Finnis apunta que el término “derechos humanos” es un modismo contemporáneo para “derechos naturales”⁷⁸⁶. Y que “el moderno lenguaje de los derechos proporciona... un instrumento flexible y potencialmente preciso para clasificar y expresar las exigencias de la justicia.”⁷⁸⁷ Porque “los aspectos del bienestar humano son muchos; los compromisos, proyectos y acciones que son aptos para realizar ese bienestar son innumerables incluso para un individuo que solamente tiene en cuenta su propio plan de vida; cuando tenemos en cuenta las complejidades de la colaboración, la coordinación y las restricciones recíprocas, implicadas en la búsqueda del bien común, nos enfrentamos a elecciones ineludibles entre posibles instituciones, políticas, programas, leyes y decisiones, racionalmente elegibles, pero en competencia.”⁷⁸⁸

⁷⁸³ *Ibidem*. Pág. 237.

⁷⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 238.

⁷⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 239.

⁷⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 227.

⁷⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 239.

⁷⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 239.

De ahí que resulte útil el lenguaje actual de los derechos humanos, ya que “empleado cuidadosamente, puede expresar con precisión los distintos aspectos de una decisión que implica a más de una persona, indicando exactamente qué es y qué no es exigido a cada persona interesada, y exactamente cuándo y cómo una de esas personas puede modificar esas exigencias.”⁷⁸⁹

Finnis insiste en hacer ver que “... el lenguaje moderno de las exigencias de derechos... debería reconocerse... como una valiosa adición al vocabulario de la razonabilidad práctica recibido (*i.e.* a la tradición de la ‘doctrina de la ley natural’). Porque, en primer lugar, el uso moderno del lenguaje de los derechos enfatiza acertadamente la igualdad, la verdad de que todo ser humano es sede de la plena realización humana, la cual ha de ser considerada favorablemente respecto de él tanto como respecto de cualquier otro. En otras palabras, el lenguaje de los derechos mantiene a la justicia en el primer plano de nuestras consideraciones. En segundo lugar, tiende a rebajar el atractivo de los ‘cálculos’ de los consecuencialistas... En tercer lugar, puesto que debemos referirnos y de hecho nos referimos a los derechos mediante un nombre, el lenguaje moderno de los derechos amplía la referencia indiferenciada a ‘el bien común’, al proporcionar un listado provechosamente detallado de los diversos aspectos de la plena realización humana y de los elementos fundamentales de la forma de vida en comunidad que tiende a favorecer esa plena realización en todos.”⁷⁹⁰

3.5.8.1. Declaración Universal de derechos humanos

Finnis se detiene a analizar el lenguaje de los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de derechos humanos de las Naciones Unidas. Señala que tanto esta Declaración como todas las que le han seguido, tiene “dos características... Primero: cada documento emplea no una sino dos formas canónicas principales: (A) ‘Toda persona tiene el derecho a...’ y (B) ‘Nadie será...’ está claro que la lógica formal del lenguaje de los derechos permite, mediante la simple conversión de términos y las negaciones adecuadas, la transformación de una forma a otra. De aquí que una única forma canónica hubiera sido posible. La decisión de usar dos fórmulas diferentes... (tiene su fundamento en) la segunda característica común a todos estos documentos: a saber, que ‘el ejercicio de los derechos y las libertades’ proclamados se dice que está ‘sujeto a limitación.’”⁷⁹¹

Lo anterior “sugiere a su vez una diferenciación en la fuerza directiva de los diversos artículos, como criterios para las leyes y las decisiones justas. Los artículos expresados en la forma (B) –‘Nadie será sometida a...’- pretenden tener fuerza concluyente. Pero los artículos de la forma (A) tienen fuerza directiva sólo como elementos de un proceso racional de toma de decisiones que no puede ser concluido

⁷⁸⁹ *Ibidem.* Pág. 239.

⁷⁹⁰ *Ibidem.* Pág. 249.

⁷⁹¹ *Ibidem.* Pág. 240.

de manera razonable apelando simplemente a cualquiera de estos derechos (aunque todos son ‘fundamentales’ e ‘inalienables’ y parte del *patrimonio* ‘de cada uno’).⁷⁹²

Como consecuencia del análisis lingüístico hecho por Finnis, se podría afirmar que los derechos enunciados bajo la segunda de las fórmulas, o “contienen ellos mismos restricciones internas: por ejemplo, el art. 9 (Declaración Universal de derechos humanos de la ONU): ‘Nadie podrá ser *arbitrariamente* detenido...’ ... o son ... irrestrictos: por ejemplo, el art. 5: ‘Nadie será sometido a torturas...’”⁷⁹³ En tal sentido, los derechos enunciados bajo la segunda fórmula no están sujetos a las restricciones en su ejercicio que dispone el art. 29: “(2) En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el debido reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”⁷⁹⁴

De ahí que “... los actos de tortura no pueden... justificarse apelando a las ‘justas exigencias del orden público’.”⁷⁹⁵ Y, consecuentemente, “el derecho a no ser torturado... podría ser llamado un derecho absoluto, para distinguirlo de los derechos que son ‘inalienables’ pero que están sujetos a diversas limitaciones ‘en su ejercicio’.”⁷⁹⁶

Los fundamentos o razones de la limitación en el ejercicio de determinados derechos se da, como quedó ya dicho al transcribir el artículo 29, párrafo 2 de la Declaración Universal, en razón: “(i) asegurar el debido reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás; (ii) satisfacer las justas exigencias de la moral en una sociedad democrática; (iii) satisfacer las justas exigencias del orden público en una sociedad democrática; (iv) satisfacer las justas exigencias del bienestar general en una sociedad democrática.”⁷⁹⁷

3.5.8.2. *Los Bills of rights y el bien común*

Las declaraciones de Derechos Humanos (“Los Manifiestos”) consisten en una enumeración de los derechos de las personas en una comunidad. Y, en este sentido, la primera fundamentación de la limitación del ejercicio de los derechos es el respeto a los derechos de los demás.

⁷⁹² *Ibidem*. Pág. 241.

⁷⁹³ *Ibidem*. Pág. 241.

⁷⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 240.

⁷⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 241.

⁷⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 241.

⁷⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 241.

En este sentido, las declaraciones de derechos humanos (*bill of rights*) son “una forma de esbozar *los contornos del bien común*, los distintos aspectos del bienestar individual en la comunidad. Lo que la referencia a los derechos aporta en este esbozo es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término ‘bien común’, a saber, que el bienestar de todos y *de cada uno*, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en *todo* momento por los responsables de coordinar la vida común.”⁷⁹⁸

Pero es necesario puntualizar lo siguiente: “los derechos humanos o su ejercicio no están sometidos al bien común, porque la efectividad de los derechos humanos es un elemento fundamental del bien común. Por otro lado, podemos decir con propiedad que la mayoría de los derechos humanos están sometidos o limitados entre sí y por otros *aspectos* del bien común, aspectos... que son convenientemente indicados... mediante expresiones tales como ‘moral pública’, ‘salud pública’, ‘orden público’.”⁷⁹⁹

3.5.8.3. La moral y el orden público

Los otros dos fundamentos de la limitación a los derechos, indicados anteriormente, ya están comprendidos en el primero: el respeto a los derechos y libertad de los demás. Sin embargo, en Los Manifiestos se establecen, como limitantes, también a la “moral” y al “orden público.”

Estos términos (“moral” y “orden público”) no son, lingüísticamente concretos. “... En buena parte del lenguaje moderno, incluyendo el lenguaje jurídico, ‘moral’ significa casi exclusivamente moral sexual y las exigencias del pudor, mientras que en el lenguaje filosófico la moral sexual (incluyendo el pudor) es simplemente una pequeña parte de las exigencias de la razonabilidad práctica.”⁸⁰⁰ Sin embargo, aunque se reduzca el significado al campo de lo sexual, la conducta de los individuos no debiera dejarse llevar por el instinto y considerar a los otros sólo como objetos de satisfacción de impulsos eróticos, porque, entonces, se daña el derecho de los demás, y se perjudica al bien común.

En cuanto al término “orden público” también “adolece de la ambigüedad irremediable de que, en los sistemas jurídicos del *common law*, ‘*public order*’ significa ausencia de desorden (*i.e.* paz pública, tranquilidad y seguridad), mientras que las expresiones ‘*ordre public*’ y ‘*orden público*’, usadas en las versiones francesa y española de esos documentos, significan un concepto propio de los

⁷⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 242-243.

⁷⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 246.

⁸⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 243.

sistemas jurídicos de derecho civil (*civil law*) casi tan amplio como el concepto de *public policy* en el *common law*.”⁸⁰¹

Orden público dice, entonces, referencia a la tranquilidad y paz ambiental. Por lo tanto, la incitación al odio o el racismo no sólo viola los derechos de los odiados y/o discriminados, sino de todos los demás, porque ese odio acarreará más odio y se perderá esa paz y tranquilidad que son condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos.

Finnis cita la Declaración *Dignitatis Humane* n. 7 del Concilio Vaticano II, sobre la libertad religiosa: “La protección de la sociedad civil, por la autoridad civil, contra los abusos de este derecho, no debe hacerse arbitrariamente o favoreciendo inequitativamente a una persona o grupo, sino que debe ser según normas jurídicas que sean conformes con el orden moral objetivo y que sean exigidas por (i) la protección efectiva de los derechos de todos los ciudadanos y por la pacífica armonización de tales derechos; y (ii) el cuidado suficiente de la auténtica paz pública que es la ordenada convivencia en la verdadera justicia, y (iii) la debida custodia de la moral pública. Todos estos factores constituyen la parte fundamental del bien común, y están comprendidos en la noción de orden *público*.”⁸⁰²

“Moral” y “Orden Público”, aún con las limitaciones antes expresadas en la determinación de su significado, dan sustento a la limitación de los derechos humanos.

Por eso, no es “ni conceptualmente redundante(s) ni sustancialmente irrazonable(s),”⁸⁰³ el uso de “moral” y “orden público” en Los Manifiestos. Y no lo es, porque al considerar el lenguaje moderno al derecho “en su significación primaria... (que) se refiere de manera más adecuada a los beneficios o ventajas para los individuos (en casos límite, para *todos* los individuos), ‘no simplemente como miembros de una colectividad que gozan de un beneficio común difuso en el que todos participan según cuotas indistinguibles y no asignables’ (Finnis citando a D.N. McCormick)⁸⁰⁴, se debe considerar, necesariamente, a la “moral” y a la seguridad pública” como beneficios para los integrantes de una comunidad. “Beneficios” que pueden ser exigidos por estos individuos cuando se atente contra ellos. En otras palabras, “moral” y “orden público” se constituyen en una “facultad” a favor de una persona para la protección y el ejercicio de sus derechos.

De lo anterior se concluye “que sólo se puede gozar con seguridad de los derechos humanos en ciertos tipos de medio –un contexto o estructura de respeto y

⁸⁰¹ *Ibidem*. Pág. 243-244.

⁸⁰² *Ibidem*. Pág. 244.

⁸⁰³ *Ibidem*. Pág. 244.

⁸⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 244.

de confianza mutuos y de común entendimiento, un ambiente que sea físicamente sano y en el que los débiles puedan circular sin temor a los caprichos de los fuertes.”⁸⁰⁵

Nadie, en su sano juicio, objeta las limitaciones legales impuestas a una “libertad” sexual absoluta. La opinión pública ha condenado y repudiado justamente el abuso a menores (la pedofilia), la violación –incluso entre cónyuges–, el incesto, la falta indiscriminada de pudor. Lo mismo dígase respecto al “orden público”. Todos aceptamos que la autoridad imponga el orden en los usos de suelo, que no se permita la deforestación, que se bajen los índices de contaminación ambiental, etc.

“Y si bien todo esto podría expresarse, y a veces se ha expresado, en términos de derechos humanos, no hay necesidad de considerar sin sentido, ni menos aún redundante, la referencia a la moral pública (y al orden público), preferida por los legisladores contemporáneos con impresionante unanimidad.”⁸⁰⁶

En resumen, la “moral pública” y “el orden público” son, para los derechos humanos “un marco necesario para disfrutarlos.”⁸⁰⁷

3.5.8.4. *La especificación de los derechos humanos*

Casi unánimemente las declaraciones de derechos humanos reconocen los mismos derechos. Sin embargo, en su especificidad puede haber diferencias de una sociedad a otra, porque la especificidad es la determinación de una opción entre otras, todas razonablemente válidas, para ajustar el derecho.

Finnis considera que las pretensiones de formulación de los derechos humanos, tal y como lo ha analizado lingüísticamente, “afirman relaciones de dos términos entre una persona o clase de personas y una materia o clase de materia (la vida, el cuerpo, la libertad de expresión, los bienes o la propiedad sobre los bienes...).”⁸⁰⁸ Y que para conseguir su especificidad “estas afirmaciones (de dos términos) deben ser traducidas a relaciones específicas de tres términos,”⁸⁰⁹ en la que existe: (i) el individuo con el beneficio; (ii) el individuo o comunidad con el deber; y (iii) el objeto del derecho.

“Esta traducción implica especificar “(a) la identidad del titular (o de los titulares) del deber, quien debe respetar o hacer efectivo el derecho de A; (b) el

⁸⁰⁵ *Ibidem.* Pág. 245.

⁸⁰⁶ *Ibidem.* Pág. 245.

⁸⁰⁷ *Ibidem.* Pág. 248.

⁸⁰⁸ *Ibidem.* Pág. 246.

⁸⁰⁹ *Ibidem.* Pág. 246.

contenido del deber, en términos de descripciones específicas de actos, incluyendo los plazos y otras circunstancias y condiciones para el cumplimiento del deber; (c) la identidad de A o la descripción de la clase de A. *i.e.* del correlativo titular (o titulares) del derecho-exigencia (en el sentido hohfeldiano de ‘derecho-exigencia’); (d) las condiciones según las cuales el titular de un derecho-exigencia pierde su derecho-exigencia, incluyendo las condiciones (si las hay) según las cuales él puede renunciar a exigir el cumplimiento de los deberes correspondientes; (e) los derechos-exigencias, poderes y libertades del titular del derecho-exigencia, para el caso de incumplimiento del deber; y, sobre todo, (f) las libertades del titular del derecho incluyendo una especificación de los límites de esas libertades, *i.e.* una especificación de sus deberes, especialmente de los de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos. Puesto que (f) implica especificar los *deberes* del titular del derecho (A) también implica necesariamente una especificación de los derechos-exigencias de B, y esta especificación a su vez exige una especificación completa de los puntos (a) a (f) respecto, ahora, de B; lo cual exigirá una especificación similar con respecto a los deberes de B de no interferir con C...⁸¹⁰

En virtud de esta necesaria especificación del contenido de los derechos es que queda desmentido “el tono perentorio o concluyente”⁸¹¹ que muchas veces se le da a la exigencia de cumplimiento de los derechos humanos.

¿Qué criterios seguir para la especificidad de los derechos? “¿Cómo han de resolverse los conflictos de derecho? Es decir, ¿cuánta interferencia con el goce que una persona tiene de su ‘derecho’ puede permitirse a otras personas en el ejercicio del mismo derecho y de otros derechos? Pienso que no hay más alternativa que tener en mente algún modelo, o un conjunto de modelos, del carácter, la conducta y la interacción del hombre en la comunidad, y elegir luego una especificación de los derechos que tienda a favorecer ese modelo o conjunto de modelos. Con otras palabras, uno necesita una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización.”⁸¹²

De esta forma, Finnis enlaza los derechos humanos con las formas básicas de bien: “De modo que uno tendrá presente, por una parte, que el arte, con todas sus formas y cánones (a menudo contrapuestos), es en realidad mejor que la basura; que la cultura es en realidad mejor que la ignorancia; que la reputación, la privacidad y la propiedad realmente son aspectos de o medios importantes para el bienestar humano; que la amistad y el respeto a la personalidad humana se ven realmente amenazados por el odio, el prejuicio de grupo y la sexualidad anárquica; que los niños realmente se benefician de una formación que define caminos a la vez que

⁸¹⁰ *Ibidem*. Pág. 247.

⁸¹¹ *Ibidem*. Pág. 246.

⁸¹² *Ibidem*. Pág. 247-248.

abre horizontes iluminadores...; y, por otra parte, que el servilismo, el infantilismo y la hipocresía realmente son males; que la integridad y la autenticidad en la conformación de uno mismo realmente son el centro indispensable del bienestar humano; que, cuando se justifica el ‘paternalismo’ de parte de la comunidad política, éste ha de ser, de manera semejante a la función educativa de los padres, nada más que una ayuda y un apoyo para la autocorrección y el autogobierno; y que la resolución de todos estos problemas de derechos humanos es un proceso en el que pueden proponerse y debatirse diversas soluciones razonables...”⁸¹³

En la especificidad de los derechos en base a esta concepción de la realización personal, se debe tener una actitud abierta y no de cerrazón o de infalibilidad, porque “el procedimiento para fijar ‘límites’ de... (los) derechos humanos crecerá ciertamente en razonabilidad gracias a una amplia libertad en el debate cultural y político, en toda sociedad en que haya un respeto suficientemente extendido hacia la discusión y el compromiso como modos de ser razonables en la comunidad.”⁸¹⁴

3.5.8.5. *¿Imposición de los derechos en la diversidad cultural?*

“Se arguye a veces que preferir y procurar incorporar en la legislación alguna concepción o rango de concepciones sobre la plena realización humana es injusto porque necesariamente supone tratar con desigual consideración y respeto a aquellos miembros de la comunidad cuyas concepciones del bien humano caen fuera del rango preferido y cuyas actividades por consiguiente son o pueden ser restringidas por la legislación.”⁸¹⁵

Finnis afirma que tal argumento se autoanula porque al afirmar y actuar en contra de los que tienen una concepción del bien común distinta a la suya, no los están tratando ya con igual consideración y respeto. Y, si lo que defienden es ese derecho a la igual consideración y respeto, y no usan su defensa a favor de los que atacan, entonces, su argumento carece de validez.

El argumento tampoco se rescata si se alegase que no se trata tanto de la diferente concepción del bien común, sino del campo de los derechos. Pero el “campo de los derechos” puede, sin ninguna dificultad, traducirse al lenguaje del bien humano. Nadie puede estar en contra de que se apoye la búsqueda del propio bien “y el bienestar de sus hijos, o el derecho de cada uno a ser salvado de su propia locura.”⁸¹⁶ Y si alguien se opusiera a esto, porque pudiese considerar que iría contra

⁸¹³ *Ibidem.* Pág. 248.

⁸¹⁴ *Ibidem.* Pág. 248.

⁸¹⁵ *Ibidem.* Pág. 249.

⁸¹⁶ *Ibidem.* Pág. 250.

la igualdad en el respeto y consideración que a cada uno se le debe, entonces, su propia postura atenta contra esa igualdad que dice defender.

Y, finalmente, no puede sostenerse el argumento señalando que todo programa político-legislativo que tiene como principio la igualdad y misma consideración a todos en una comunidad, realmente es fiel a dicho principio. El argumento es insostenible, porque igualmente un programa político-legislativo distinto (Finnis lo llama programa “paternalista”) afirma que se basa en la igualdad y en la misma consideración a todos, y, sin embargo, restringe ciertas conductas que atentan contra el bien humano. Si hay restricciones, entonces, aunque no se diga expresamente, se está admitiendo que no es posible simplemente dejar que cada quien haga lo que quiera en base a ese alegado principio de igualdad y misma consideración.

Finnis ejemplifica así lo expuesto en el párrafo inmediato anterior: “... los paternalistas bien pueden pensar que, por ejemplo, dejar que una persona sucumba a la drogadicción con el pretexto de que es ‘asunto suyo’ equivale a negarle la consideración activa que uno demostraría hacia un amigo en una situación similar; o que dejar de prohibirles a los profesores que den pie a apegamientos sexuales con sus alumnos equivale a negarles a los hijos de padres negligentes o ‘equivocados’ la protección que el legislador paternalista desearía para sus propios hijos, y por ende es también una falta de ‘igual consideración y respeto.’”⁸¹⁷

“Quisiera que alguien me hubiera impedido...”: si esto se puede decir racionalmente (como en efecto se puede), se sigue necesariamente que incluso el programa paternalista más extenso y excesivo podría instaurarse sin negar a nadie igual consideración y respeto.”⁸¹⁸

Por lo tanto, la mejor manera de que todos, en una comunidad, ejerzan sus derechos es asegurando un ambiente que impulse al desarrollo y bienestar del ser humano. Y, en consecuencia, será necesario establecer límites; lo que no significa que exista discriminación o falta de igualdad y misma consideración.

Tales límites y/o deberes serán impuestos, independientemente de la concepción del bien común que se pueda tener. “La búsqueda de cualquier forma de comunidad humana en la que los derechos humanos sean protegidos mediante la imposición de deberes supondrá necesariamente tanto la selección de algunos concepciones del bien común como el rechazo de otras, y restricciones considerables a las actividades de todos (incluidos los legisladores mismos, en su condición privada como personas sujetas al egoísmo y a la indiferencia respecto del verdadero bienestar de los demás).”⁸¹⁹

⁸¹⁷ *Ibidem*. Pág. 250.

⁸¹⁸ *Ibidem*. Pág. 250.

⁸¹⁹ *Ibidem*. Pág. 250-251.

No obstante, aclara Finnis, “algunas formas de buscar el bien común a través de la legislación yerran por olvidar que la autenticidad personal, el autogobierno y la privacidad para la contemplación o el juego o la amistad son aspectos y atributos importantes del bienestar humano.”⁸²⁰

El hecho de que se reconozcan por igual y a todos y se les tenga la misma consideración, no implica que se tengan que aceptar las equivocaciones o el estado de error en el que se encuentran algunos miembros de la comunidad. “Juzgar que otro hombre está equivocado, y actuar según ese juicio, no se ha de considerar equivalente, en ningún área del discurso y del juicio humanos, a despreciar a ese hombre o a preferirse a uno mismo.”⁸²¹

Así mismo, la igualdad y misma consideración no presuponen que el trato deba ser idéntico para todos, ya que ello supondría que no existe una determinación de lo que implica el bien común. Si como justificación para tolerar que alguien abuse de otro que es más débil o menos instruido, se tuviera que aducir que el abusador simplemente está ejerciendo sus derechos, por ejemplo, a la libre expresión, entonces se vendría a disolver el concepto del bien común. Y, lógicamente, se atentaría contra las exigencias de la justicia distributiva, en unos casos; y conmutativa, en otros.

Estas exigencias no implican, como ya se ha visto antes, que el trato tenga que ser igualitario, sino proporcional y equitativo. “He dicho antes que toda persona tiene igual derecho a una consideración respetuosa en la distribución del acervo común y de los inconvenientes de la vida común, incluyendo la protección jurídica y las funciones y las cargas. Pero también indiqué que esto no exige ‘igualdad de tratamiento’ (*i.e.* un tratamiento idéntico), ni siquiera en las distribuciones. Y sería ciertamente erróneo sugerir que cualquier individuo está obligado o incluso autorizado en justicia a demostrar por todos igual *consideración*; y lo mismo es verdad para quienes ejercen la autoridad en cualquier comunidad particular, con respecto a los de dentro y a los de fuera de su comunidad.”⁸²²

3.5.8.6. Derechos humanos absolutos

¿Pero, hay o no hay derechos absolutos? Y por “absoluto”, Finnis entiende que por ninguna circunstancia, ni por ningún motivo, ni siquiera por la expectativa de un bien mejor o de evitar un daño más grande, pueden violarse. La pregunta, como la formula Finnis, es: “¿No hay derechos ‘absolutos’, derechos que no han de

⁸²⁰ *Ibidem.* Pág. 251.

⁸²¹ *Ibidem.* Pág. 251.

⁸²² *Ibidem.* Pág. 251.

ser limitados o atropellados a favor de ninguna concepción sobre la vida buena en la comunidad, ni siquiera para ‘prevenir una catástrofe’?”⁸²³

Por supuesto que los utilitaristas y consecuencialistas niegan la existencia de derechos absolutos. Y Finnis dice que incluso los gobiernos que suscriben los *Bill of Rights* donde claramente se establecen derechos absolutos, en cuanto sienten la necesidad, los violan, aduciendo que lo hacen en aras del bien de la mayoría. “Su (la de los gobiernos) política militar implica cursos de acción que, en todo salvo el nombre, constituyen tortura en una escala sin precedentes, infligida por el mismo motivo que un torturador a la antigua tratando de hacer cambiar de opinión a su víctima o a quienes esperan su turno en la fila para la tortura.”⁸²⁴

El argumento finnisiano para sostener que “hay derechos humanos absolutos”⁸²⁵, es que una de las exigencias de la razonabilidad práctica determina “que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya para uno mismo ya para los demás seres humanos.”⁸²⁶ Por tanto, si esta exigencia no admite excepciones, entonces hay derechos absolutos, como “el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (*e.g.* en la enseñanza, la predicación, las publicaciones científicas, las transmisiones de noticias) en la cual se espera razonablemente una comunicación real (a diferencia de la ficción, la broma o la poesía); y el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige... Éstos son derechos-exigencias estrictamente correlativos a los deberes que las exigencias de la razonabilidad práctica implican.”⁸²⁷

Estos derechos son de dos términos. Por lo tanto “son derechos-exigencias estrictamente correlativos a los deberes que las exigencias de la razonabilidad práctica implican.”⁸²⁸

La afirmación de la absolutez de tales derechos es concluyente cuando se tiene “una firme determinación de respetar el bien humano en la propia existencia y en la equivalente humanidad o derechos humanos de los otros, cuando ese bien humano y esos derechos humanos caen directamente bajo el propio cuidado y poder

⁸²³ *Ibidem.* Pág. 251.

⁸²⁴ *Ibidem.* Pág. 252.

⁸²⁵ *Ibidem.* Pág. 252.

⁸²⁶ *Ibidem.* Pág. 253.

⁸²⁷ *Ibidem.* Pág. 253.

⁸²⁸ *Ibidem.* Pág. 253.

de disposición –en lugar de sacrificar ese bien y esos derechos por una visión de futuras ‘consecuencias netas mejores’, consecuencias que en su totalidad uno no puede conocer –ni lógica ni prácticamente-, no puede controlar o disponer sobre ellas, y no puede evaluar.”⁸²⁹

3.5.9. La autoridad

3.5.9.1. Necesidad de la autoridad

Cualquiera puede cuestionar “¿cómo pudo un hombre tener autoridad para exigirle a uno que elija lo que de otra forma uno no habría elegido?”⁸³⁰ ¿Por qué sería necesaria o se requeriría de una autoridad cuando una persona razonable sabe lo que tiene que elegir? Las reglas pueden obedecerse por temor al castigo o por conformismo, pero “¿pueden tener para mí la autoridad de una conclusión plenamente crítica de la auténtica razón práctica?”⁸³¹

Esto es: se cuestiona la necesidad de la autoridad para alguien que razonablemente sabe qué elegir. Si lo sabe, la autoridad estaría de sobra.

Finnis acepta que incluso una persona que razonablemente sabe qué elegir necesita la autoridad, ya que muchas veces será la única manera que tenga de actuar ante diversas posibilidades de esa razonabilidad. Y, por tanto, aceptará las normas si las encuentra como una solución racional ante determinados supuestos.

El hombre que razonablemente sabe qué elegir considera “algo como autoritativo cuando ese algo implica una “*razón excluyente*” para actuar en el modo en el que indica. Es decir, cuando en ausencia de otras razones, o en presencia de éstas, no se encuentra fundamento o fuerza suficiente para contradecir lo establecido en la razón autoritativa.

“Una persona trata algo (*e.g.* una opinión, una declaración, un mapa, una orden, una regla...) como autoritativo si y sólo si lo trata como algo que le da razón suficiente para creer o actuar en conformidad con eso...”⁸³²

Respecto a la cuestión de si la autoridad es necesaria en razón de “la estupidez e incompetencia de sus miembros, a la inconstancia de sus propósitos o a su falta de lealtad hacia el grupo, a su egoísmo y malicia, a su prontitud para aprovecharse y para actuar sin consideración hacia los demás”⁸³³, la respuesta es que

⁸²⁹ *Ibidem.* Pág. 253.

⁸³⁰ *Ibidem.* Pág. 261.

⁸³¹ *Ibidem.* Pág. 261.

⁸³² *Ibidem.* Pág. 263.

⁸³³ *Ibidem.* Pág. 261.

no. Porque si fuera así, entonces no se requeriría de autoridad en “una comunidad libre de estos vicios.”⁸³⁴

Finnis observa que mientras más instruidos y comprometidos sean los miembros de una comunidad y, por lo tanto, menos vicios de estupidez e incompetencia existan en ella, más “autoridad y regulación puede ser necesaria, para posibilitar a ese grupo alcanzar su objetivo común, su bien común... (puesto que) la inteligencia y la dedicación, la habilidad y el compromiso, multiplican los problemas de coordinación, al dar al grupo más orientaciones, compromisos, proyectos, prioridades, y procedimientos posibles entre los cuales elegir... Y para la mayoría de estos problemas de coordinación, aunque no para todos, hay, en cada caso, dos o más soluciones disponibles, razonables y apropiadas, ninguna de las cuales, sin embargo, sería solución si no fuese adoptada con exclusión de las otras soluciones disponibles, razonables y apropiadas para ese problema.

“Hay, en último término, solamente dos maneras de hacer una elección entre formas alternativas de coordinar la acción dirigida hacia el objetivo común o el bien común de cualquier grupo. Debe haber o bien unanimidad o bien autoridad. No hay otras posibilidades.

“Ahora bien... la unanimidad sobre la solución deseable a un problema de coordinación específico no puede lograrse en la práctica en ninguna comunidad con un bien común complejo y con miembros inteligentes e interesados. La unanimidad está particularmente fuera del alcance de lo que de hecho es posible en la comunidad política.”⁸³⁵

De manera que la autoridad es necesaria no sólo por la ignorancia y la malicia de algunos o de muchos de los miembros de una comunidad. Es necesaria en razón y en función del bien común.

3.5.9.2. La autoridad tiene razón en función del bien común

El bien común no puede lograrse sino en la coordinación de las elecciones, actividades y ejercicio de los derechos de los miembros de una comunidad. Y quien realiza tal coordinación es la autoridad. Por lo tanto, el fundamento de la autoridad no puede estar ni en la “ley del más fuerte” ni tampoco en la necesidad, como ya se indicó, de suplir las deficiencias que la ignorancia, falta de educación o de compromiso social puedan tener los miembros de una comunidad. El fundamento de la autoridad está en el bien común. “... mi explicación de la necesidad y justificación de la autoridad, y de sus límites y modos apropiados de ejercerla, va a ser una explicación por referencia al bien común...”⁸³⁶

⁸³⁴ *Ibidem*. Pág. 261.

⁸³⁵ *Ibidem*. Pág. 262-263.

⁸³⁶ *Ibidem*. Pág. 266.

Si el fundamento de la autoridad se pusiera en la fuerza; es decir, en la imposición de reglas por el más fuerte en una comunidad, entonces, la libertad individual estaría subyugada. Si, por el contrario, se sustentara la necesidad de la autoridad en la negligencia, estupidez o falta de compromiso de algunos o muchos en una comunidad, entonces no existiría necesidad de autoridad alguna cuando el pueblo fuera instruido. Y, sin embargo, lo último exige cuantitativa y cualitativamente más la actuación de una autoridad que cuando falta la educación e instrucción en los individuos de una comunidad, como anteriormente fue dicho. Porque en la situación de participación inteligente y activa, son más numerosas las posibilidades que se presentan, las opciones por las cuales decidir. Y, en consecuencia, más los riesgos de descoordinación y, en consecuencia, de desviaciones en la prosecución del bien común.

3.5.9.3. *La autoridad y el principio de subsidiariedad*

El principio de subsidiariedad no tiene que ser negado; al contrario, cobra una importancia particular, porque todos los grupos intermedios buscan y pretenden el bien de su agrupación, y toman decisiones en relación a tal fin. Pero no podrían obtener el fin particular deseado si no existiera una coordinación que les permitiera efectivamente alcanzar lo que pretenden.

En tal sentido, Finnis señala: “Ahora bien, esta preocupación de las personas y grupos particulares por bienes individuales, por bienes comunes específicos y por aspectos particulares del bien común omnicomprendivo, promoverá el bien común omnicomprendivo solamente si las opciones particulares resultantes se sujetan a algún grado de coordinación. Y si los individuos y grupos particulares tienen como su preocupación *prioritaria* (como deberían) sus intereses particulares respectivos, tal coordinación omnicomprendiva difícilmente puede ser procurada si no es por alguna persona o grupo de personas cuya preocupación y responsabilidad prioritaria sea velar por el bien común omnicomprendivo.”⁸³⁷

3.5.9.4. *Diversos significados de autoridad*

Para determinar el sentido focal de “Autoridad” Finnis analiza el lenguaje de la proposición “X tiene autoridad”⁸³⁸. Indica que esta proposición puede decirse en tres sentidos: (i) cuando el que la enuncia considera que X tiene autoridad sobre él mismo. (ii) Cuando el que la enuncia considera que X tiene autoridad para el que está en la posición (i) pero no para el que está ahora enunciando la proposición; es el punto de vista “de un historiador, un sociólogo o, en general, un observador”⁸³⁹. Y (iii) “X tiene autoridad” puede significar también que X tiene autoridad sobre el hablante (i), y no sobre el hablante (ii). Es simplemente el señalamiento del hecho,

⁸³⁷ *Ibidem*. Pág. 263.

⁸³⁸ *Ibidem*. Pág. 264.

⁸³⁹ *Ibidem*. Pág. 264.

como lo puede decir un profesional o alguien con un punto de vista independiente; es muy similar al significado (ii)

“El tipo principal y focal de enunciado sobre la autoridad y las normas es el tipo”⁸⁴⁰ (i). Y la distinción es importante, porque Finnis dice que algunos positivistas han objetado su teoría por confundir los significados de “X tiene autoridad”. Sus detractores, por ejemplo, al objetar la consideración finnisiana de la costumbre autoritativa (“[P1] una costumbre autoritativa existe y [P2], es bueno para el bien común que exista”),⁸⁴¹ toman este enunciado [P1] en el sentido (ii) y (iii); y el enunciado [P2] en el sentido (i). Y Finnis subraya el hecho de que él “trata sistemáticamente los enunciados del tipo (i) como primarios, porque el centro de su(mi) interés teórico está en las explicaciones justificatorias...”⁸⁴²

La objeción a la que se refiere Finnis es la de que su explicación sobre la necesidad de la autoridad (de una norma autoritativa) es redundante: X tiene autoridad porque se considera que es bueno que X tenga autoridad. La objeción, de acuerdo con nuestro autor, deriva de que se está tomando ‘X tiene autoridad’ en el sentido (ii), y no en el sentido (i), como Finnis lo hace. En el sentido (i) ‘X tiene autoridad’ no es en el sentido de un observador, sino en el sentido de que razonablemente me siento obligado a realizar lo que X manda porque entiendo que hay una “razón excluyente” de otras que pudiera tener para no obedecer, o, de otra forma, porque mi razón da cuenta de que ese mandato se conforma con ella de mejor manera que cualquier otra solución posible.

3.5.9.5. La formación de la costumbre

Finnis pone bajo estudio la formación de la costumbre, porque considera que de este estudio se podrá captar más claramente cómo una norma autoritativa no tiene que ser puesta por alguien o en base a un procedimiento preestablecido. La formación de la costumbre muestra que existe un consenso en el juicio práctico, y que “... al estudiar la formación de la costumbre estamos estudiando el surgimiento de un sustituto de la unanimidad en condiciones que exigen un grado sustancial de unanimidad.”⁸⁴³

El estudio se hará en el ámbito de la comunidad internacional “porque éste es el contexto en que el problema de la costumbre suscita mayor interés hoy día, ha

⁸⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 265.

⁸⁴¹ *Ibidem*. Pág. 266.

⁸⁴² *Ibidem*. Pág. 267.

⁸⁴³ *Ibidem*. Pág. 267.

sido más debatido, y ha encontrado más dificultad para ser explicado satisfactoriamente.”⁸⁴⁴

Y el planteamiento para el estudio es: “nuestro problema sobre la formación de la costumbre consiste en explicar cómo una forma de práctica internacional puede llegar a ser una regla jurídica que imponga exigencias...”⁸⁴⁵

3.5.9.5.1. Concepto de costumbre

Del análisis de los enunciados que soportan la costumbre puede extraerse un concepto nítido de la norma autoritativa “... una regla autoritativa puede emerger (*i.e.* comenzar a regular una comunidad) sin ser hecha por nadie con autoridad para hacerla, e incluso sin la ayuda de ninguna forma autorizada de generar reglas.”⁸⁴⁶

Finnis parte del concepto clásico de costumbre: una práctica reiterada por un número relevante de actores, con la convicción de ser obligatoria (*opinio iuris*). Así lo expresa textualmente Finnis: “Generalmente se está de acuerdo en que la costumbre supone alguna concurrencia o convergencia o regularidad de la práctica entre los estados. Se está de acuerdo además en que tal concurrencia, convergencia o regularidad no es suficiente para constituir costumbre. Debe haber una concurrencia de práctica deliberada, no inducida por la fuerza o el fraude o el error. Y, más positivamente, la práctica debe ser acompañada por una cierta actitud, creencia, intención o disposición: en la literatura se le llama *opinio iuris*.”⁸⁴⁷

3.5.9.5.2. Paradoja de la *opinio iuris*

Según Finnis, existe en la condición de la *opinio iuris* una paradoja: la costumbre se vuelve norma porque presupone como tal su existencia autoritativa. “Los internacionalistas hablan de una costumbre cuando un hábito claro y continuo de realizar ciertas acciones ha crecido bajo la égida de la convicción de que estas acciones son, de acuerdo con el derecho internacional, obligatorias o correctas. Pero esto es paradójico, porque propone que una norma consuetudinaria puede llegar a existir (*i.e.* llegar a ser autoritativa) solamente en virtud de la creencia necesariamente errónea en que ya existe (*i.e.* es autoritativa)”⁸⁴⁸.

A fin de salvar la paradoja, Finnis disecciona, desde la perspectiva analítica del lenguaje, lo que sucede. Señala que “la clave para solucionar el problema yace en la distinción... entre, por una parte, los juicios *prácticos* y, por otra, los juicios

⁸⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 267.

⁸⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 270.

⁸⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 267.

⁸⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 267-268.

⁸⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 268.

empíricos sobre la existencia y la extensión de las prácticas.”⁸⁴⁹ Y juicio práctico, insiste, Finnis, son todos aquellos que “explícita o implícitamente manifiestan que alguna acción (incluyendo siempre omisiones y abstenciones) de algún (potencial) agente (no) debe ser hecho, o (no) podría ser hecha adecuadamente o justificadamente.”⁸⁵⁰

En el principio de la formación de la costumbre, y principalmente de la *opinio iuris*, se hayan “dos juicios prácticos diferentes pero relacionados:

“(a) En este campo de los asuntos humanos (*e.g.* el paso de buques de guerra por aguas costeras), sería conveniente tener *algún* modelo de conducta determinado, común y estable, y, en consecuencia, una regla autoritativa que exigiera ese modelo de conducta... (Ámbito general);

“(b) Este específico modelo de conducta “x” (*e.g.* el estado costero ha de permitir el paso inocente bajo bandera por la superficie) es conveniente para ser adoptado como una regla común autoritativa de conducta, o lo sería *si* fuese generalmente adoptado y *si* recibiera general aquiescencia. (Ámbito particular).

Estos juicios prácticos son distintos al juicio empírico (hechos por un observador: sociólogo, jurista o científico en general) que señala simplemente que muchos (o pocos) estados de hecho aprueban el modelo de conducta “x”. Este juicio empírico puede ser dicho de dos maneras: (a) en el sentido de que muchos o pocos estados observan la práctica del modelo de conducta “x”; o (b) que hay otros estados –muchos o pocos- que aceptan la práctica del modelo “x”.

Estos juicios empíricos “son prerequisites para emitir un nuevo juicio práctico. Este nuevo juicio práctico es un aspecto adicional de la indiferenciada *opinio iuris* de los tratados clásicos... Éste afirma que la empíricamente extendida formulación de los dos juicios prácticos (a) y (b), y la concurrencia empírica de la práctica y de la generalidad (no necesariamente universalidad) de la aceptación, en su conjunto justifican la pretensión de que una costumbre existe como norma jurídica autoritativa... Expresa (el juicio práctico antes dicho) la tesis de que la norma impone exigencias *justificadas* a todos los actores en el ámbito relevante... Este juicio... relaciona los hechos empíricos relevantes sobre la opinión y la práctica estatal con algún principio (o principios) sobre qué es exigido por el bien común de la comunidad internacional. La fuerza que para guiar la acción y para imponer exigencias posee la norma jurídica que este juicio afirma estar justificada deriva de tal principio meta-jurídico de razonabilidad práctica sobre las necesidades de la comunidad internacional.”⁸⁵¹

⁸⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 268.

⁸⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 268.

⁸⁵¹ *Ibidem*. Pág. 269-270.

Para Finnis, la distinción entre los dos primeros juicios prácticos y el tercero (“la amplia aprobación de {(a) y (b)} nos permite ver que no necesariamente hay una paradoja o circularidad en la idea clásica de que, para tener el valor de una costumbre autoritativa, una forma de práctica debe ir acompañada por un tipo particular de actitud u *opinio*.”⁸⁵²)

3.5.9.5.3. El principio metajurídico

El análisis de la formación de la costumbre lo que nos viene a mostrar es que una práctica generalizada se considera autoritativa sólo en función de ser una solución razonable a un problema de coordinación, solución que tiene por objetivo el favorecimiento del bien común.

El juicio práctico (a) y (b), si no han de terminar en un simple *non sequitur*, “debe tener una premisa práctica oculta; esta premisa es, pienso, el principio metajurídico o estructural... (que se formula de la siguiente manera): el surgimiento y reconocimiento de reglas consuetudinarias (por medio de considerar cierto grado de concurrencia o aquiescencia respecto de una práctica y la *opinio juris* correspondiente como suficientes para crear tal norma y para hacerla acreedora de reconocimiento incluso por los estados ajenos a la práctica o a la *opinio juris*) es un método deseable o conveniente para resolver los problemas de interacción o coordinación en la comunidad internacional.”⁸⁵³

Este principio meta-jurídico no es otra cosa que las exigencias de la razonabilidad práctica de promover el bien común. Luego, si ese modelo de conducta “x” es suficiente para resolver los problemas de interacción o coordinación existentes, entonces es adecuado para el favorecimiento del bien común. Es decir, la raíz y fundamento de toda norma autoritativa –en este caso, la costumbre– está en la justificación de ser un modelo de conducta adecuado para promover el bien común.

Por eso Finnis recalca: “... Se puede decir que una regla autoritativa es un hecho, pero es más que el hecho de la práctica concurrente, y más aún que el hecho de la concurrencia de opinión; y es un hecho sólo porque es tratada como una razón excluyente para la acción (*i.e.* como más que un hecho).”⁸⁵⁴

Las costumbres, pues, derivan “su carácter autoritativo directamente del hecho de que, si se las trata como autoritativas, permiten a los estados resolver sus problemas de coordinación, un hecho que tiene significación normativa porque el bien común exige que esos problemas de coordinación sean resueltos.”⁸⁵⁵

⁸⁵² *Ibidem*. Pág. 271.

⁸⁵³ *Ibidem*. Pág. 271.

⁸⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 271.

⁸⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 273.

Lo anterior responde, dice Finnis, la pregunta que “el pensamiento jurídico evita sistemáticamente responder...: cómo puede generarse una regla autoritativa sin previa autorización.”⁸⁵⁶

3.5.9.6. *El origen y fundamento de la Autoridad*

Es bastante complejo el llegar a asumir una costumbre como autoritativa. Las necesidades de coordinación dentro de una comunidad exigen decisiones que resuelvan de manera rápida, con certeza y determinación, los problemas para alcanzar los bienes particulares que cada persona, o grupo de personas, está buscando dentro de una comunidad completa.

Por eso, “(L)la autoridad (y por ende la *responsabilidad* de gobernar) en una comunidad ha de ser ejercida por aquellos que de hecho pueden resolver eficazmente los problemas de coordinación para esa comunidad.”⁸⁵⁷

Como no pueden darse, sino quizás sólo excepcionalmente, acuerdos unánimes en una comunidad, se hace necesaria la autoridad. “... la autoridad es un bien (porque se necesita para la realización del bien común).”⁸⁵⁸ Este principio, unido al hecho –a la oportunidad, en el sentido de conveniencia- de que alguien, efectivamente, hace “lo que la autoridad ha de hacer (*i.e.* asegurar y promover el bien común)”⁸⁵⁹, no significa, por sí mismo, la justificación de la autoridad. Y tal es así, porque “alguien que usa su oportunidad empírica, o incluso su autoridad jurídicamente reconocida, para promover proyectos totalmente opuestos a la razonabilidad práctica no puede luego pretender razonablemente que ha cumplido con sus responsabilidades de acuerdo a la razón, y puede ser incapaz de justificar su pretensión de haber creado una razón excluyente buena y suficiente que afecte las responsabilidades de aquellos cuyo acatamiento busca o exige.”⁸⁶⁰

“La autoridad de los gobernantes deriva de que estén en condiciones de promover el bien común, y un equilibrio equitativo de cargas y beneficios dentro de una comunidad es un aspecto importante de ese bien común.”⁸⁶¹

⁸⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 296.

⁸⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 274.

⁸⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 274.

⁸⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 274.

⁸⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 274.

⁸⁶¹ *Ibidem*. Pág. 292.

3.5.9.7. La legitimidad de la autoridad

Las razones o motivos por los cuales se acatan las determinaciones de la autoridad son muchos y variados. Desde el temor hasta la tradición o la admiración. “Pero, para una comprensión del carácter autoritativo de los gobernantes, como un asunto de razonabilidad práctica, es el mero hecho de la eficacia por sí solo lo que resulta presuntivamente (no incondicional o irrefutablemente) decisivo.”⁸⁶²

Sólo observar que la afirmación anterior de Finnis podría ser suscrita por Kelsen: el hecho de la eficacia de la norma o decisión autoritativa.

Finnis rechaza, como ilógicas, todas las teorías que ponen el origen de la autoridad en la legalidad de una sucesión, o en un pacto originario, o incluso en la designación realizada por la soberanía del pueblo. “El jurista... cuando se enfrenta con una pretensión de cierto estatus, título, potestad, o derecho, busca la raíz del pretendido título; pide que se le muestre el acto de transferencia o la ley u otra transacción que haya originado el título, y a su vez, querrá asegurarse de que quienes hicieron ese acto de transferencia o esa ley habían recibido la autoridad para hacerlo en virtud de otro acto de transferencia o ley, los cuales a su vez... De esta secuencia de pensamiento surgen las teorías sobre la legitimidad del gobierno y sobre la obligación política que asumen tácitamente que la autoridad actual de determinados gobernantes debe basarse en alguna autoridad previa (de la costumbre; o de la comunidad sobre sí misma, cedida al gobernante por transmisión o enajenación; o del individuo sobre sí mismo, cedida en virtud de una promesa o de un consentimiento o contrato tácitos).”⁸⁶³

Estas teorías, a menudo, se refuerzan con un argumento o premisa “totalmente correcta de que *todos* los miembros de una comunidad son acreedores en justicia a una cierta consideración y respeto. Un argumento de este tipo se hizo popular entre los escritores escolásticos del siglo XVI. A comienzos del siglo XVII, el Cardenal Belarmino⁸⁶⁴ formuló este argumento con precisión: la razonabilidad natural exige que haya autoridad gubernamental; pero la razonabilidad natural no identifica a un determinado hombre o clase como portador de la autoridad gubernamental; por lo tanto, la razonabilidad natural exige que la portadora de la autoridad gubernamental sea la multitud, la misma comunidad completa. (Y la multitud, o comunidad, *transmite* luego su autoridad a sus representantes, sean éstos los reyes, los consejos, o las asambleas). El silogismo de Belarmino resulta provechosamente claro; revela la falacia en su teoría, y en todas las teorías de la transmisión semejantes (que los escritores seculares más tarde transformaron, por

⁸⁶² *Ibidem*. Pág. 275.

⁸⁶³ *Ibidem*. Pág. 275.

⁸⁶⁴ Roberto Bellarmino (1542-1621), sobrino del Papa Marcelo II. Miembro de la Compañía de Jesús. Participó en el proceso de la inquisición en contra de Giordano Bruno. También fue protagonista en el Caso Galileo para hacer que firmara la declaración de que el heliocentrismo era sólo una hipótesis y no una verdad científica. Uno de los grandes apologistas de la Iglesia Católica.

supuesto, en teorías según las cuales la autoridad gubernamental se apoya para su legitimidad en el consentimiento de los gobernados). Las dos premisas del argumento son ciertamente correctas; pero obviamente, la conclusión no se sigue de ellas.

“En realidad, la conclusión es intrínsecamente inverosímil. Porque la autoridad se necesita, precisamente, para sustituir a la unanimidad en la determinación de la solución de problemas prácticos de coordinación que implican o conciernen a todos en la comunidad. Decir la comunidad tiene autoridad sobre sí misma *o bien* equivale a decir que no hay autoridad en esta comunidad (de modo que los problemas de coordinación se resuelvan por unanimidad, o simplemente se disuelven por la fuerza), *o bien* equivale a decir alguna otra cosa, mediante una ficción jurídica confusa o una manera de hablar ideológica, sobre la asignación de la autoridad en algunas comunidades; por ejemplo, que cada miembro de tal y cual comunidad tiene una oportunidad de participar en la determinación de tal asignación...

“Consentimiento, transmisión, contrato, costumbre nada de esto es necesario para constituir el estado de cosas que (presuntivamente) justifica que alguien pretenda tener y otros reconozcan su autoridad para resolver los problemas de coordinación para toda una comunidad creando reglas autoritativas o emitiendo órdenes y determinaciones autoritativas”.⁸⁶⁵

3.5.9.8. *La legitimidad radica en la racionalidad práctica*

Pero, entonces, si la teoría finnisiana de la autoridad no derivada de otra autoridad, tiene que tener un origen. Finnis apunta que la asignación de la autoridad debe ser por unanimidad. Y Finnis no es ajeno a lo que sucede de hecho en la realidad: alguien que quiere detentar la autoridad o convence o usa contra los disidentes, métodos coactivos o de fuerza hasta lograr la “unanimidad”. Y “muy comúnmente, el primer acto autoritativo de portadores de autoridad no autorizados consiste en establecer instrucciones para asegurarse de que en el futuro la asignación y el reconocimiento de la autoridad (ya para sí mismos ya para sus sucesores) sea [será] determinada, no mediante esos procesos azarosos para llegar a la unanimidad de los cuales ellos acaban de surgir como beneficiarios, sino mediante reglas autoritativas.”⁸⁶⁶

Por eso Finnis afirma: “La tendencia de los pensadores políticos a emitir ficciones legalistas sobre la asignación original de la autoridad tiene su excusa, y quizás su ocasión (pero no una justificación), en la necesidad urgente de legalizar la transmisión de una autoridad no transmitida.”⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 276.

⁸⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 277.

⁸⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 278.

El origen y fundamento de la autoridad está “en los principios de la razonabilidad práctica y en los valores básicos del bien común... a partir del mero hecho de la capacidad para coordinar la acción para el bien común.”⁸⁶⁸ En otras palabras: no hay que buscar el origen de la autoridad en un pacto originario roussoniano, ni en la usurpación del poder, como de hecho ha sucedido a lo largo de la historia, ni siquiera en la justificación constitucional de las normas sucesorias, sino en la necesidad, para el bien común, de contar con alguien que dé soluciones a los problemas de coordinación de una comunidad. Por eso, “...las decisiones de un hombre tienen autoridad cuando un sujeto prácticamente razonable, con el bien común en vista, pensaría que él *debe* consentir en ellas.”⁸⁶⁹

La condición presuntiva de que alguien tiene autoridad es el “hecho de que prácticamente todos *darán su aquiescencia* a la orden”⁸⁷⁰ que dé. Esta condición debe, según Finnis, matizarse con dos observaciones. La primera: “la razonabilidad práctica exige (a causa de la mismísima deseabilidad de la autoridad para el bien común) que, enfrentados con una pretendida orden del gobernante, los miembros de la comunidad normalmente den o *rehúsen* su aquiescencia, cumplan o rehúsen cumplir, precisamente en cuanto él sea, o no sea, designado como el portador legítimo de la autoridad por las reglas constitucionales autoritativas para ese tiempo, lugar, ámbito, y función *si*, en virtud de la costumbre o de una determinación autoritativa, *existen tales reglas*. La segunda observación es ésta: si bien el consentimiento, en cuanto diverso de la aquiescencia, no es requerido para justificar o legitimar la autoridad de los gobernantes, la noción de consentimiento puede sugerir un criterio práctico sensato (*rule of thumb*) para decidir cuándo debería alguien ser obedecido a pesar de que no sea probable una aquiescencia general, y para decidir cuándo alguien cuya decisión recibirá aquiescencia general debería de todos modos ser tratado como quien carece de autoridad de acuerdo con la razón práctica.”⁸⁷¹

En consecuencia, el fundamento de la autoridad está en “los principios de la razonabilidad práctica que exigen la vida cooperativa en la amplia comunidad política, y la autoridad que, sólo ella, hace practicable esa vida.”⁸⁷²

La autoridad, al dar soluciones a los problemas de coordinación tiene ciertamente una función directiva, pero puede tener también una función coactiva para imponer esas directrices. Ahora bien “cuando hablamos de la fuerza coactiva de

⁸⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 279.

⁸⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 278-279.

⁸⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 278.

⁸⁷¹ *Ibidem*. Pág. 278.

⁸⁷² *Ibidem*. Pág. 279.

las reglas, estamos comenzando a hablar del derecho (que... no es lo mismo que decir que uno no puede concebir el derecho sin coacción).”⁸⁷³

3.5.10. La Coacción

En el capítulo X, Finnis aborda el tema de la coacción. Y, como se dijo antes, la coacción de la que estamos hablando está ligada al derecho. Por eso, Finnis nos recuerda qué es lo que debe entenderse por derecho *simpliciter*: “el caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad política, que pretende tener autoridad para dar dirección comprehensiva y suprema a la conducta humana en esa comunidad y para conferir validez jurídica a todas las otras disposiciones normativas que afecten a los miembros de esa comunidad”.⁸⁷⁴

A esta definición del caso central de derecho sólo habría que añadir, como el mismo Finnis lo hace insistentemente, que todo ello es en razón del bien común. De lo contrario, sería sólo un hecho el sistema jurídico y no una razón para actuar.

3.5.10.1. La Coacción es exigida por la justicia

“La autoridad del derecho depende... de su justicia. Y en este mundo, tal como es, puede ser necesario asegurar la justicia por la fuerza”.⁸⁷⁵ Por eso, Finnis piensa que la coactividad no es sólo una cuestión de efectividad de las normas, sino que la coacción tiene que ver con la aplicación de la justicia. Porque la impunidad es injusticia. “Si quienes ejercen la autoridad permitieran la retención de ventajas injustificadamente obtenidas, no sólo perderían la lealtad de los perjudicados que observan la ley, sino que de hecho perderían su título, según la razón, a esa lealtad.”⁸⁷⁶

La coacción es una exigencia de la justicia. “Las sanciones son castigos porque son exigidas para evitar la injusticia, para mantener un orden racional de igualdad proporcional, o equidad, entre todos los miembros de la sociedad. Porque cuando alguien... manifiesta en su obrar... una preferencia por sus propios intereses, por su propia libertad de elegir y de obrar, en contra de los intereses comunes y del modo-de-obrar común legalmente definido, entonces obtiene, en y por medio de esa misma acción una cierta clase de ventaja sobre aquellos que se han autolimitado, que han restringido la búsqueda de sus propios intereses, con el fin de observar la ley... Si el criminal que no restringe su libertad retuviese esta ventaja, la situación sería tan desigual e inequitativa como lo sería si él retuviese los beneficios tangibles de su delito (el botín, los fondos indebidamente apropiados, el cargo remunerado, el ...).

⁸⁷³ *Ibidem*. Pág. 282.

⁸⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 289.

⁸⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 289.

⁸⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 292.

Si quienes ejercen la autoridad permitieran la retención de ventajas injustamente obtenidas, no sólo perderían la lealtad de los perjudicados que observan la ley, sino que de hecho perderían su título, según la razón, a esa lealtad. Porque la autoridad de los gobernantes deriva de que estén en condiciones de promover el bien común, y un equilibrio equitativo de cargas y beneficios dentro de una comunidad es un aspecto importante de ese bien común.

“El castigo, por tanto, busca de modo característico restaurar el equilibrio de ventajas distributivamente justo entre el criminal y el que observa la ley... Esta restauración del orden de la justicia se realiza privando al criminal de lo que ganó con su acto criminal...”⁸⁷⁷

En razón también de la justicia, “las sanciones son parte de la empresa de ordenar jurídicamente la sociedad, una empresa racionalmente exigida sólo por ese complejo bien de los individuos que denominamos el bien común. El criminal es un individuo cuyo bien es tan bueno como el de cualquier hombre, a pesar de que él deba en justicia ser privado de algunas oportunidades de realizar ese bien.”⁸⁷⁸ Y, por tanto, se debe concluir “que quien desafía o desprecia la ley no sólo daña a los otros sino también a sí mismo.”⁸⁷⁹ En consecuencia, la sanción debe buscar restaurar el daño causado pero también encauzar al responsable y contribuir a reformarlo “no sólo en beneficio de otros sino también de sí mismo: ‘para llevar una vida *buena y útil*.’”⁸⁸⁰

3.5.10.2. *No toda coacción es sanción o castigo*

Finnis señala que se debe a Aristóteles la confusión de que la coacción es fundamentalmente la reacción a la desobediencia. El estagirita enseñó que el derecho tiene dos modos de operación: directivo y coactivo. “Pero sugirió que la necesidad de coacción procede de la desobediencia de los muchos egoístas, brutos, cuyo egocentrismo sin principios sólo puede ser moderado por una amenaza directa contra su propio interés.” Sin embargo, a veces la desobediencia puede surgir de “una oposición moralmente inspirada, en conciencia, a las exigencias de esta o aquella disposición.”⁸⁸¹ Y seguir la propia conciencia es algo debido. La desobediencia puede estar basada en objeciones de conciencia.

En consecuencia, la desobediencia por razones de conciencia no necesariamente acarrea la sanción, y menos una sanción coactiva.

⁸⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 291-292.

⁸⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 293.

⁸⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 293.

⁸⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 293.

⁸⁸¹ *Ibidem*. Pág. 290.

De igual manera, “No toda coacción legal se impone como sanción o castigo”.⁸⁸² Y esto se puede ver más claramente en el campo del derecho penal. La sanción o el castigo previsto en la norma tiene como finalidad inhibir conductas perjudiciales para la comunidad. Todos los individuos están encaminados al logro de su plena realización, construyendo conjuntamente el bien común, que es ese ambiente adecuado en el cual tienen la posibilidad de alcanzar esa realización personal que buscan. Por lo tanto, la sanción o castigo, para los que se desvían o perjudican ese trabajo de los demás, logra inhibir conductas perjudiciales.

“Es necesario enseñar a casi todos los miembros de la sociedad cuáles son realmente las exigencias del derecho —el sendero común para perseguir el bien común—; y enseñarles no mediante sermones, ni mediante la publicación de los pormenores de las leyes, sino mediante el drama público y vívido (¡relativamente!) de la aprehensión, juicio y castigo de quienes se apartan de esa vía común prescrita. Es necesario dar a los desobedientes actuales o potenciales... un incentivo palpable para obrar conforme al derecho cuando apelar a la razonabilidad de apoyar el bien común no logre moverlos. Y es necesario proporcionar a quienes observan la ley el estímulo de saber que no están siendo abandonados a la merced de los criminales, que no se dejará que quienes desprecian la ley disfruten pacíficamente sus malhabidas ganancias, y que cumplir con la ley no es ser un simple bobo; porque sin este apoyo y garantía no es probable que continúe la cooperación indispensable de los ciudadanos observantes de la ley”.⁸⁸³

3.5.11. Características formales del Derecho

3.5.11.1. La coacción no es característica esencial

La coacción es importante en un mundo como el nuestro en el que algunos individuos prefieren ver por su propio interés a expensas del interés general. Pero el derecho, incluso en un escenario en el que no existieran los desobedientes, seguiría siendo derecho. Por eso, la coacción no es la única característica que tiene el derecho, y ni siquiera la más esencial.

En sustento a lo afirmado anteriormente, Finnis se refiere a Max Weber, y señala:

“En realidad, él pensaba que el orden jurídico estaba ejemplificado de la manera más pura en el orden interno de una burocracia moderna, en cuyas labores la coacción, incluso la coacción ‘psíquica’, es de modo característico reemplazada, en gran medida, por un sentido del deber motivado por un sentido del valor ‘en sí mismo’ de la sumisión a las reglas internas de la organización.

“Para Weber, entonces, la coordinación autoritativa posee carácter jurídico cuando opera no mediante una actitud de obediencia a las personas

⁸⁸² *Ibidem*. Pág. 290.

⁸⁸³ *Ibidem*. Pág. 291.

sino mediante una disposición a cumplir con ‘el derecho’, un orden jurídicamente establecido de reglas coherentes y abstractas (normalmente establecidas intencionalmente) y de principios que han de ser aplicados y seguidos en casos particulares –de modo que los que ejercen la autoridad son considerados como ‘funcionarios’ cuyo cargo o autoridad se define mediante esas reglas, y que han de ser obedecidos sólo en cuanto actúen dentro del ámbito de sus potestades jurídicas.”⁸⁸⁴

Finnis también cita la definición que Weber dio del derecho “por referencia al problema de la desobediencia y de la existencia de sanciones autorizadas: “Un orden será llamado derecho (law) si está garantizado externamente por la probabilidad de que la coacción (física o psicológica), para obtener la conformidad o vengar la transgresión, será aplicada por un equipo de gente que está especialmente lista para ese objetivo”. *On Law*, pág. 5.”⁸⁸⁵ Sin embargo, Weber consideró al derecho como un tipo de coordinación autoritativa que no tenía “nada que ver específicamente con la coacción o con un equipo de hombres autorizados para imponer sanciones.”⁸⁸⁶ Considerando este tipo weberiano de derecho es de donde podemos determinar las características del derecho.

3.5.11.2. Lo que distingue al derecho de otros sistemas normativos

Las características que a continuación se enuncian nos permitirán distinguir “el derecho de la política, de las convenciones, de los usos sociales, de la etiqueta, de las costumbres, de los juegos, y en realidad de toda otra forma o matriz de interacción en comunidad –y de distinguirlo de modo plenamente suficiente incluso en *ausencia de cualquier problema de desobediencia* y por ende de cualquier necesidad de coacción o de sanciones... De la enumeración (de las características) resultará evidente que los modos como el derecho forma, sostiene y favorece los modelos de coordinación serían deseables incluso en una sociedad libre de desobediencia.”⁸⁸⁷

“En primer lugar... el derecho introduce definición, precisión, claridad, y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas y de instituciones interrelacionadas de tal manera que las reglas definen, constituyen, y regulan las instituciones, y las instituciones a su vez crean y administran las reglas, y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento.”⁸⁸⁸

⁸⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 295.

⁸⁸⁵ *Ibidem*. nota al pie de página. Pág. 295.

⁸⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 295.

⁸⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 295-296.

⁸⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 296.

El derecho regula su propia creación.

“Las reglas de derecho regulan no solamente la creación, administración, y aplicación de tales reglas, y la constitución, tipo y terminación de las instituciones, sino también las condiciones bajo las cuales un individuo privado puede modificar la extensión o la aplicación de las reglas... Es decir, los individuos pueden realizar actos jurídicos (*juridical*) que, si se realizan en conformidad con reglas en vigor en el momento de la realización, equivalen a celebrar un contrato, a efectuar una venta o una compra o una transferencia de dominio, a instituir un legado, a contraer matrimonio, a constituir una corporación o una sociedad, a entablar una demanda, ir a juicio...”⁸⁸⁹

El derecho suministra las directrices de actuación en el presente y hacia el futuro mediante la previsibilidad, en el pasado, de situaciones por venir. El derecho “... introduce en el orden de las interacciones humanas la precisión y previsibilidad de que es capaz mediante una técnica especial: considerar los actos (de promulgación, judicación, o uno cualquiera de los múltiples actos de ejercicios de ‘potestades’ públicas o privadas) pasados... como si proporcionaran, *ahora*, una razón suficiente y excluyente para actuar de una manera *entonces* ‘prevista.’”⁸⁹⁰

El derecho es un sistema completo: “no hay lagunas... toda cuestión práctica o problemas de coordinación actual ha sido ‘previsto’, en todos sus aspectos, por alguno o algunos de tales actos jurídicos pasados (aunque sólo sea, en algunos casos, por provisiones que establecen precisamente qué persona o institución ha de realizar ahora un acto de discreción para resolver la cuestión, o que determinan qué procedimiento preciso ha de seguirse ahora para abordar la cuestión). No es necesario insistir en que este postulado es ficticio y que, si se le entendiera literalmente, sería descriptivamente engañoso y restringiría innecesariamente el desarrollo del derecho por medios no legislativos. El postulado es significativo sólo como un refuerzo de las otras cuatro características del derecho y del pensamiento jurídico ya mencionadas.”⁸⁹¹

Estas características distinguen al derecho de cualquier orden normativo. Y para el mundo real en que vivimos no deja de ser también relevante, aunque no necesaria ni esencial, la característica de la coacción. Por eso, dice Finnis que los “dos polos en torno a los cuales tienden a agruparse las ‘definiciones de derecho’ y las teorías del derecho”⁸⁹² son: las que consideran al derecho como un orden que se observa por el valor que tiene en sí mismo; y las que lo consideran como un orden coactivo.

⁸⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 297.

⁸⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 297.

⁸⁹¹ *Ibidem*. Pág. 298.

⁸⁹² *Ibidem*. Pág. 298.

3.5.12. El imperio del Derecho

Finnis entiende que la expresión “imperio del derecho” implica un “estado de cosas en que un sistema jurídico está jurídicamente en buen estado”⁸⁹³, goza de buena salud, es observado y respetado; hay un gobierno de leyes y no de hombres.

El imperio del derecho se da cuando se realizan las siguientes ocho *desiderata*:

“(i) sus reglas son prospectivas, no retroactivas, y (ii) no son de ninguna otra forma imposibles de cumplir; (iii) sus reglas son promulgadas, (iv) claras, y (v) coherentes entre sí; (vi) sus reglas son lo suficientemente estables como para hacer posible a la gente orientarse por su conocimiento del contenido de las reglas; (vii) la dictación de decretos y órdenes aplicables a situaciones relativamente limitadas está orientada por reglas promulgadas, claras, estables, y relativamente generales; y (viii) aquellos que poseen autoridad para crear, administrar, y aplicar las reglas en virtud de un cargo oficial (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación y (b) de hecho aplican el derecho coherentemente y según su tenor.

“... En todos sus puntos (los ocho indicados antes) vemos que el imperio del derecho implica ciertas cualidades del proceso que pueden ser aseguradas sistemáticamente sólo mediante la institución de la autoridad judicial y su ejercicio por personas profesionalmente preparadas y motivadas a obrar conforme a derecho.”⁸⁹⁴

El imperio del derecho es una exigencia de la justicia, y la aplicación de los *desiderata* lleva a favorecer la realización de los individuos en una comunidad, y a evitar que sean manipulados. Tanto la predicibilidad de las normas como el régimen constitucional procuran “garantizar que los gobernantes no dirigirán el ejercicio de su autoridad hacia objetivos privados o partidistas.”⁸⁹⁵ Igualmente, el control constitucional es un aspecto del imperio del derecho: busca “que los gobernantes mantengan su posición en una relación de reciprocidad, en la que las exigencias de la autoridad son respetadas a condición de que la autoridad respete las exigencias del bien común (del cual es un componente fundamental el respeto por el derecho igual para todos a una consideración respetuosa.)”⁸⁹⁶

Por tanto, “el sentido fundamental de los *desiderata* es asegurar a quienes están sujetos a la autoridad la dignidad de la autodeterminación y de la libertad

⁸⁹³ *Ibidem*. Pág. 298.

⁸⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 299.

⁸⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 300.

⁸⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 301.

respecto de ciertas formas de manipulación. El imperio del derecho está por tanto entre las exigencias de la justicia o equidad.”⁸⁹⁷

“La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma.”⁸⁹⁸

3.5.13. El abuso del imperio del Derecho

El imperio del derecho puede ser usado por una autoridad tiránica. Y de hecho “los conspiradores contra el bien común procurarán ordinariamente obtener y retener el poder por medio de una adhesión a formas constitucionales y legales que sea ‘escrupulosa’ a pesar de ser insincera, temporal y motivada tácticamente. De este modo, el imperio del derecho no garantiza todos los aspectos del bien común, y a veces no asegura ni siquiera la sustancia del bien común.”⁸⁹⁹

Siguiendo a Lon Fuller, Finnis expresa: “una tiranía entregada a fines perniciosos no tiene *razón* por sí misma suficiente para someterse a la disciplina de operar coherentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal autodisciplina es precisamente el valor de la reciprocidad, equidad, y respeto por las personas que el tirano *ex hypothesi*, desprecia. El tipo de régimen que estamos considerando tiende a ser (i) explotador, en cuanto que los gobernantes se mueven simplemente por sus propios intereses sin pensar para nada en los intereses del resto de la comunidad; o (ii) ideológico, en cuanto que los gobernantes están procurando un objetivo que consideran bueno para su comunidad, pero lo procuran fanáticamente, pasando por alto otros aspectos básicos del bien humano en la comunidad; o (iii) una combinación de explotación e ideología, como el régimen nazi. Ninguno de estos tipos de tiranía puede encontrar en sus objetivos ningún fundamento racional para adherirse a las exigencias de la legalidad (aparte de razones tácticas o superficiales). Porque tales regímenes buscan resultados determinados, no ayudan a las personas a constituirse a sí mismas en la comunidad.”⁹⁰⁰

En estos casos de régimen tiránico, Finnis afirma que “los valores que han de ser asegurados mediante el genuino imperio del derecho y el auténtico régimen constitucional son mejor servidos apartándose, temporal pero quizás drásticamente, de la ley y de la constitución.”⁹⁰¹ No es posible señalar en qué momento o hasta qué grado uno debería llevar a cabo la decisión de apartarse de la “legalidad”. Finnis

⁸⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 301.

⁸⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 302.

⁸⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 302.

⁹⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 301-302.

⁹⁰¹ *Ibidem*. Pág. 302-303.

indica que ante ello, hay que tomar en cuenta dos consideraciones: una práctica y una reflexiva.

La práctica: “es el principio judicialmente reconocido de que una constitución escrita no es un pacto suicida, y que sus términos deben ser tanto restringidos como ampliados por las prohibiciones y autorizaciones ‘implícitas’ necesarias para evitar su explotación por aquellos dedicados a su derrocamiento”.⁹⁰²

La reflexiva es: “la autoridad, una de cuyas especies es el gobierno mediante la ley, es la responsabilidad que deriva, como decía Fortescue ‘por obra de la ley de la naturaleza’ –i.e. por consideración a las necesidades permanentes del bien de las personas en la comunidad- del puro hecho del poder, de la oportunidad de influir, para el bien, en la vida común.”⁹⁰³

Finalmente, Finnis se plantea la cuestión de lo que pasaría si una constitución llegara a establecer que sólo y únicamente lo que deriva de ella tiene autoridad. Puede haber constituciones tiránicas que no busquen el bien común. Ante ello, el individuo puede cuestionar si acepta o no esa constitución. “Una constitución puede disponer, por así decir, ‘Todo deriva de mí o nada deriva de mí’. Pero no puede de este modo impedir a ningún individuo plantear la cuestión de si él *necesita* aceptar esa norma o disposición. El mismo planteamiento de la cuestión muestra que la respuesta no puede estar determinada por ninguna regla positiva (escrita o no escrita) del ‘sistema’ –ni siquiera por una regla que dispusiera que la cuestión es ilegítima.”⁹⁰⁴

3.5.14. Definición descriptiva de Derecho

¿Qué es, entonces, el derecho? Para Finnis, “El Derecho” en su sentido focal o analogado principal, es el conjunto de “reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad ‘completa’, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la

⁹⁰² *Ibidem.* Pág. 303.

⁹⁰³ *Ibidem.* Pág. 303.

⁹⁰⁴ *Ibidem.* Pág. 304.

reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas.”⁹⁰⁵

Los elementos de la definición descriptiva de Finnis son:

1. Reglas producidas mediante un proceso sujeto a reglas;
2. Por una autoridad legítima;
3. Destinadas a una comunidad “completa”;
4. Apoyadas por sanciones;
5. Impuestas por instituciones juzgadoras sujetas a reglas;
6. Que tienen como propósito resolver problemas de coordinación;
7. Con el fin de lograr el bien común.

“El derecho, en el sentido focal del término, se realiza *plenamente* sólo cuando cada uno de estos términos componentes se realiza plenamente.”⁹⁰⁶

Nuestro autor no desconoce que se pueda hablar, y de hecho se habla, del derecho como conjunto de reglas sancionadoras, o que determinadas instituciones son indispensables para calificar de existente un sistema jurídico. Esto es aceptado también por Finnis, siempre y cuando no sea de forma excluyente. “Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica, o la conveniencia práctica/racional, de las sanciones, uno puede decir, dramáticamente, que un conjunto de preceptos legales sin sanciones ‘no es realmente derecho’. Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica, o la conveniencia práctica/racional de determinadas instituciones legislativas o judiciales, uno puede decir, dramáticamente, que una comunidad sin esas instituciones ‘carece de un verdadero sistema jurídico’. Si uno desea resaltar la importancia empírica/histórica, o la conveniencia práctica/racional, de las reglas que autorizan o regulan el cambio público o privado de las reglas o de su extensión, uno puede decir, dramáticamente, que un conjunto de reglas que no incluye este tipo de reglas ‘no es un sistema jurídico’. Todas estas cosas se han dicho a menudo, y pueden decirse razonablemente a condición de que uno esté buscando llamar la atención hacia una característica del caso central del derecho y no relegar los otros casos no centrales a alguna otra disciplina.”⁹⁰⁷

Finnis insiste en que hay otras reglas “*secundum quid*”; o reglas de derecho en sentido secundario. “... (S)se estaría simplemente malinterpretando mi concepción de la naturaleza y objetivo de las definiciones explicativas de conceptos teóricos si se supusiera que mi definición ‘excluye como no-jurídicos’ los preceptos

⁹⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 304.

⁹⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 305.

⁹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 305.

legales que no logran reunir, o no reúnen plenamente, uno u otro de los elementos de la definición.”⁹⁰⁸

La definición descriptiva propuesta por Finnis, como él mismo lo indica, no coincide con la definición “común” de derecho, “porque la verdad es que el ‘concepto ordinario de derecho’ (suponiendo, sin admitirlo, que haya *un solo* concepto de tal tipo) está bastante desenfocado)... la intención no ha sido explicar un concepto, sino desarrollar un concepto que explicaría los variados fenómenos a los que hace referencia (de una manera desenfocada) el discurso ‘ordinario’ sobre el derecho –y explicarlos mostrando cómo responden (parcial o plenamente) a las exigencias permanentes de la razonabilidad práctica relativa a esta amplia área de interacciones e intereses humanos.”⁹⁰⁹

En cuanto a los juristas, Finnis declara que su definición probablemente los impacientará “al oír que las disposiciones sociales pueden ser *más o menos jurídicas*, que los sistemas jurídicos y el imperio del derecho existen como una cuestión de grado...”⁹¹⁰ Porque los juristas usan, en su campo, el lenguaje de manera unívoca. Por ejemplo: “para hacer ver su punto de vista de modo proposicional dirá (el jurista) que una supuesta regla o precepto legal es válido o bien inválido. No hay categorías intermedias...”⁹¹¹ Pero esto, en el campo filosófico “es un error... declarar... que un orden social o un conjunto de conceptos debe ser derecho o bien no ser derecho, ser jurídico o bien no ser jurídico.”⁹¹²

Incluso “la ley natural” es un analogado con relación a la definición descriptiva dada por Finnis. Así lo sostiene cuando dice: “La ‘ley natural’ –el conjunto de principios de razonabilidad práctica dirigidos a ordenar la vida humana y la comunidad humana- es ley sólo analógicamente, en relación con mi actual uso focal del término.”⁹¹³

3.5.15. El Derecho positivo

¿Y el derecho positivo? Finnis cita al jurista inglés del siglo XVI, Christopher St. German: “en toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón...; y discernir... la ley de la razón de la ley positiva es muy arduo. Mas aunque sea arduo es muy necesario en toda doctrina moral y en todas las leyes hechas para el cuerpo político.” Finnis considera que estas palabras “expresan la

⁹⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 305-306.

⁹⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 306.

⁹¹⁰ *Ibidem*. Pág. 306.

⁹¹¹ *Ibidem*. Pág. 307.

⁹¹² *Ibidem*. Pág. 307.

⁹¹³ *Ibidem*. Pág. 308.

preocupación fundamental de toda teoría iusnaturalista sensata: comprender la relación (las relaciones) entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica.”⁹¹⁴

La doctrina finnisiana sigue a Tomás de Aquino: el derecho positivo se establece o (i) por deducciones de la ley natural; o (b) por determinaciones de la misma. Ejemplo: “no matar” es una exigencia de la razón práctica “según la cual la vida es un bien”.⁹¹⁵ Luego, la conclusión del derecho positivo será: nadie puede quitar la vida a otra persona. Es una conclusión derivada del principio común de la ley natural. “Por eso Tomás de Aquino dice que este tipo de precepto jurídico se deriva de la ley natural mediante un proceso análogo a la deducción de las conclusiones demostrativas a partir de principios generales; y que tales preceptos jurídicos no son sólo derecho positivo, sino que también reciben parte de su ‘fuerza’ de la ley natural (*i.e.* de los principios básicos de razonabilidad práctica). Hooker⁹¹⁶ denomina tales preceptos jurídicos como ‘humanos mixtos’, argumentando que su materia o contenido normativos es el mismo que la razón exige necesariamente, y que ellos simplemente ratifican la ley de la razón, añadiéndole solamente la fuerza adicional constrictiva o vinculante de la amenaza de castigo.”⁹¹⁷

El segundo tipo de leyes positivas: las obtenidas por “*determinatio*” de la ley natural. Finnis cita el ejemplo de Tomás de Aquino. “Él (Tomás de Aquino) explica esta noción de *determinatio* por analogía con la arquitectura (o cualquier otro arte práctico), en la cual una idea general o ‘forma’ (como ‘casa’, ‘puerta’, ‘manija’) tiene que concretarse en esta casa, puerta, manija, particular, con especificaciones que ciertamente se derivan de y están informadas por la idea general, pero que podrían haber sido más o menos diferentes en muchos aspectos y dimensiones particulares (¡incluso en todos!), y que por lo tanto exigen del artífice una multitud de elecciones. La realización del artefacto está controlada pero no completamente determinada por la idea básica (por ejemplo, por la orden del cliente), y mientras no esté plenamente determinada el artefacto no existe o está incompleto. Para servir como puerta en una habitación humana, un objeto debe de medir más de medio metro y no necesita sobrepasar los 2.5 metros, pero no se construirá ninguna puerta en absoluto si el artífice no puede *decidir* una altura particular. Subrayando, por así decir, la prácticamente completa libertad conforme a la razón que tiene el artífice para elegir, por ejemplo, 2.2 metros en lugar de 2.1 ó 2.3. Tomás de Aquino dice que las leyes de este segundo tipo toman su fuerza ‘*totalmente* de la ley humana’, y Hooker llama a su segunda categoría ‘leyes *meramente* humanas.’”⁹¹⁸

⁹¹⁴ *Ibidem*. Pág. 308.

⁹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 309.

⁹¹⁶ Richard Hooker (1554-1600), teólogo inglés.

⁹¹⁷ *Ibidem*. Pág. 309.

⁹¹⁸ *Ibidem*. Pág. 311-312.

3.5.15.1. Tarea del legislador

Para Finnis “la recepción” de los principios de la razonabilidad (morales) en el sistema jurídico no es tan simple. Porque la recepción de la ley natural en el derecho positivo no es, en la práctica, a la manera como Tomás de Aquino lo señaló: una conclusión de unas premisas generales: “Derivantur ergo quaedam [leges] a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum: sicut hoc quod est ‘*non esse occidendum*’, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est ‘*nulli esse faciendum malum*.’”⁹¹⁹

Los redactores del derecho positivo no usan, por lo general, la forma del “nadie *debe* matar o privar de la vida a otra persona”, sino que usualmente hacen la descripción en forma proposicional indicativa. Lo que tienen ante sí los redactores del derecho es una situación social muy concreta, y necesitan prever un modelo que establezca, para las diversas circunstancias y para todos los integrantes de la comunidad, qué está prohibido y qué está permitido. De ahí que la forma gramatical de redacción de las normas es, generalmente, indicativa: hacer tal cosa constituye un delito; o quien actúe de tal manera, cometerá el delito de... Es decir, “es perfectamente posible formular un sistema jurídico completo sin usar vocabulario normativo en absoluto. Ahora bien, ¿por qué el redactor profesional prefiere esta forma proposicional indicativa? En el nivel más profundo esto se debe a que tiene en mente el modelo de un orden social futuro, o algún aspecto de tal orden, y está intentando reproducir ese orden.”⁹²⁰

“Por ejemplo, la disposición legislativa redactada profesionalmente ‘matar es un delito’ implica contextualmente una orientación normativa para los ciudadanos. Porque existe una norma jurídica de tal manera intrínseca a todo ordenamiento jurídico de la comunidad que nunca necesita ser promulgada: no se han de cometer delitos penales. El ciudadano no necesita ir más allá de esta norma. Conociendo el precepto jurídico sobre el homicidio..., no necesita reflexionar acerca de la vida como valor o sobre la exigencia de la razón práctica de que los valores básicos sean respetados en toda acción. De modo que Hooker se equivoca al sugerir que lo que el derecho positivo sobre el homicidio añade a la regla permanente de la razón es simplemente la sanción punitiva.”⁹²¹

El legislador no reduce su labor a imponer una sanción al que cometa adulterio sino que formula las circunstancias en las que puede ser agravada la pena, o puede excluirse la responsabilidad del activo. Y, además, la formulación normativa del derecho positivo ahorra al ciudadano el cuidado de tener que recorrer

⁹¹⁹ S.T., I-II, q. 95, a 2c; citado a pié de página, FINNIS, John, *ibídem*, pág. 309.

⁹²⁰ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales. Op. Cit.* Pág. 310.

⁹²¹ *Ibidem*. Pág. 310.

el camino reflexivo para establecer si en la base de todo existe un principio de razonabilidad práctica.

Y con ello, según Finnis, la formulación de la norma añade, al principio de la ley natural, no sólo la coacción, sino “(i) una elaboración precisa de muchas otras consecuencias jurídicas (y por tanto sociales) del acto, y (ii) un motivo nuevo e inequívoco para que el ciudadano observante del derecho, que actúa en base al principio de evitar los delitos jurídicos en cuanto tales, se abstenga de la clase de acción especificada.”⁹²² Lo anterior es así, dado que la formulación de “quien prive de la vida a un ser humano, comete homicidio” implica el establecimiento de todo un conjunto de normas procesales, administrativas y resarcitorias que tienen que ver con la aplicación de la primera norma.

En otras palabras, Finnis señala que la elaboración del derecho positivo no es simplemente la de sacar la conclusión de lo que la ley natural exige. Estas exigencias, por más evidentes que sean, tienen que traducirse a un lenguaje acorde al del sistema jurídico, “y luego habrá que escribir el guión del papel que los actos relevantes han de representar... -su rol como, o en relación con, los daños civiles, los contratos, las disposiciones testamentarias, las herencias, las posesiones, los beneficios, los delitos matrimoniales, las pruebas, las inmunidades, las licencias, los títulos y su pérdida, los cargos y las inhabilidades, etc., etc.”⁹²³

Cuando el legislador señala que determinado acto es irracional (privar de la vida), puede estar pensando en que es un crimen “y/o un daño civil, y/o un acto que automáticamente provoca la pérdida o suspensión de un cargo o la pérdida de la propiedad, y/o un acto que los aseguradores y/o los funcionarios públicos pueden correctamente tomar en cuenta para eludir un contrato o suspender una licencia... etc. De modo que es función del redactor de las leyes especificar, precisamente, en cuál de estos trajes y relaciones encaja un acto de matar-bajo-tal-y-cual-circunstancias.”⁹²⁴

En cuanto a las leyes positivas obtenidas vía *determinatio*, el hacedor de la norma positiva tiene toda la libertad, dentro de lo exigible por la razonabilidad práctica, para determinar la conducta a seguir.

Ejemplo: del principio de razonabilidad práctica de respetar la seguridad de los demás y la propia en la conducción de los vehículos, se determina la norma de circular por la izquierda (o por la derecha) a una velocidad máxima de noventa (o cien) kilómetros por hora. Lo mismo en cuanto al régimen de propiedad privada: la ley natural lo exige, pero la determinación de cómo, en qué medida, qué uso, cómo se origina, cómo se pierde, etc. es tarea del legislador.

⁹²² *Ibidem*. Pág. 311.

⁹²³ *Ibidem*. Pág. 311.

⁹²⁴ *Ibidem*. Pág. 310.

De este modo, todo precepto positivo invariablemente tiene relación con la ley natural. Y es ley en cuanto deriva de la ley natural. Las normas positivas derivadas por determinación “enuncian sólo un teorema subordinado dentro de una teoría general. La teoría general, con palabras de Tomás de Aquino, es que ‘toda ley establecida por los hombres tiene carácter de ley en tanto en cuanto se deriva de la ley natural, o con palabras de St. German... ‘en toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón’.”⁹²⁵

Uno de los ejemplos que pone Finnis, en cuanto a esta relación de ley positiva-ley natural, vía determinación, es el siguiente: “si los bienes materiales han de ser usados eficientemente para el bienestar humano, normalmente debe haber un régimen de propiedad privada. Este régimen estará constituido por reglas que asignen derechos de propiedad sobre tales bienes, o sobre muchos de ellos, a individuos o a grupos pequeños. Pero precisamente qué reglas deberían establecerse con el fin de constituir un régimen así es algo no resuelto (‘determinado’) por esta exigencia general de justicia. La elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular, y en alguna medida es ‘arbitraria’. Las reglas adoptadas serían por tanto en su mayoría *determinaciones* de la exigencia general –derivadas de ella pero no implicadas por ella ni siquiera en unión con una descripción de esas circunstancias particulares.”⁹²⁶

3.5.15.2. Los principios del derecho

La tarea legislativa toma en cuenta “los principios de derecho”: “una multitud de principios sustantivos relacionados, algunos muy estrechamente, otros más remotamente, algunos invariablemente y otros contingentemente, con los principios básicos y las exigencias metodológicas de la razón práctica.”⁹²⁷

A estos principios Finnis los llama “de segundo orden”, en cuanto que tienen que ver con la interpretación y aplicación de otras reglas o principios cuya existencia aquéllos presuponen... los principios de segundo grado son ellos mismos, en su mayoría, cristalizaciones o versiones (adaptadas a su rol de segundo grado) de principios de ‘primer grado’ que deben guiar incluso a una ‘legislatura soberana’ en sus actos de legislación...

“Muchos de los principios de segundo orden y máximas empleadas por los juristas expresan la deseabilidad de estabilidad y predecibilidad en las relaciones entre una persona y otra, y entre cosas y personas. Tales máximas están conectadas obviamente no sólo con las características formales del derecho y los *desiderata* del imperio del derecho, sino también con la disposición voluntaria de los juristas, y en realidad de los hombres en la

⁹²⁵ *Ibidem*. Pág. 312.

⁹²⁶ *Ibidem*. Pág. 312-313.

⁹²⁷ *Ibidem*. Pág. 313.

sociedad en toda época, de atribuir fuerza autoritativa al uso, la práctica, la costumbre.”⁹²⁸

Las máximas a las que se refiere Finnis son, entre otras: “qui prior est in tempore, potior est in jure, in aequali jure”; “ex diuturnitate temporis omnia praesumuntur solenniter esse acta”; “communis error facit jus” (multitudo errantium tollit peccatum”; “consensus tollit errores”); “interest reipublicae res judicatas non rescinde”; “ut res magis valeat quam pereat”.

Finnis señala que estas máximas o principios “existen principalmente en forma de costumbres judiciales; pero muchísimos de ellos son de una tan intrínseca conveniencia para la vida humana en la sociedad que los jueces no necesitan demostrar la existencia de tal costumbre y pueden apelar, de manera totalmente razonable, a esa conveniencia como la base suficiente de la aplicabilidad de esos principios en el razonamiento judicial.”⁹²⁹

¿Cuáles son los principios de primer grado? Los primeros principios de la razonabilidad práctica. Por tanto, la autoridad, tanto la que hace las leyes, como aquella que las interpreta y aplica, necesariamente, en la práctica, toma en cuenta los principios de segundo orden porque son totalmente razonables, están a la mano, y expresan en forma concisa y precisa lo que la experiencia pasada ha probado ser lo más conveniente para la interrelación de los miembros de una comunidad. Esto es, lo que conviene para el logro del bien común.

Por eso, Finnis considera como fundamental que en la determinación del derecho positivo se tome en cuenta la experiencia pasada: “los logros frágiles y acumulativos de pasados esfuerzos, inversión, disciplina, etc., no han de ser tratados a la ligera al perseguir los bienes futuros.

“... Estas máximas de segundo grado... favorecen la continuidad en los asuntos humanos –i.e. ... favorecen el bien del orden diacrónico...”⁹³⁰

De los principios de segundo grado, Finnis señala una serie de principios relacionados con aquellos: “(i) la privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada, respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas), (ii) no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa; (iii) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; (iv) la doctrina de los actos propios (*estoppel*) (*nemo contra factum proprium venire potest*); (v) no cabe asistencia judicial para quien alega en su favor su propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad); (vi) el abuso de los derechos no está protegido; (vii) el fraude lo anula toda; (viii) los

⁹²⁸ *Ibidem*. Pág. 313-314.

⁹²⁹ *Ibidem*. Pág. 322.

⁹³⁰ *Ibidem*. Pág. 314.

beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; (ix) *pacta sunt servanda* (se han de cumplir los contratos), (x) hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo los modelos de relaciones jurídicas existentes; (xi) al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad); (xii) no han de resolverse las disputas sin dar a las dos partes la oportunidad de ser oídas; (xiii) a nadie se ha de permitir ser juez en su propia causa.

“Estos ‘principios generales del derecho’ son realmente principios. Es decir, más que exigir ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes. Además, en algún caso particular cualquiera de ellos puede ser superado y dejado sin efecto (lo cual no equivale a ser violado, reformado o derogado) por otros elementos importantes del bien común, otros principios de justicia. Mas no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden ser superados o dejados sin efecto, correspondientes a los derechos absolutos del hombre.”⁹³¹

3.5.15.3. *Vía conclusión y vía determinación: entreveradas*

Finnis considera que las “*determinata*” expresadas en las normas positivas son más que eso. Implican una elaboración con los principios generales del derecho, que son, a su vez, una expresión de los principios de la razonabilidad práctica. Las determinaciones de las leyes positivas no son sólo ‘ocurrencias’ para el momento y situación concreta, sino que están animadas por los principios de la razonabilidad práctica.

Y, por lo tanto, y en este sentido, existe una entreveración de las dos formas que Tomás de Aquino consideró para establecer el derecho positivo. “En síntesis: la derivación del derecho a partir de los principios básicos del razonamiento práctico reviste realmente las dos formas identificadas y denominadas por Tomás de Aquino; pero no se trata de dos arroyos que corren por canales separados. El principio central del precepto jurídico sobre el homicidio, el hurto, el matrimonio, los contratos... puede ser una aplicación directa de exigencias de razonabilidad universalmente válidas, pero el esfuerzo de integrar estas materias con el imperio del derecho exigirá del juez y del legislador innumerables elaboraciones que en la mayoría de los casos participan de la segunda forma de derivación. Esta segunda forma, la pura *determinatio* mediante una elección autoritativa más o menos libre, no solamente está ella misma conectada con los principios básicos en virtud de una relación inteligible con los objetivos... que están directamente referidos a los bienes humanos básicos, sino que también es controlada por principios formales de amplio alcance y por otros principios estructurales (en forma tanto de primer como de

⁹³¹ *Ibidem*. Pág. 315.

segundo grado) que a su vez se derivan de los principios básicos según la primera forma de derivación.”⁹³²

Los hacedores de normas jurídicas tienen necesariamente que determinar entre dos o más soluciones posibles a un problema de coordinación. Esta determinación, aunque orientada por los principios o máximas de segundo grado –lo que limita a la autoridad en su arbitrio sobre las determinaciones– no tiene que ser, en estricto sentido, la más razonable, pero sí debe ser coherente con las exigencias de la razonabilidad práctica. “No obstante, habiendo enfatizado que es por tanto la autoridad, no el simple razonamiento, lo que resuelve la mayoría de las cuestiones prácticas en la vida de una comunidad, debo ahora enfatizar el necesario complemento. Para ser en sí misma autoritativa a los ojos de un hombre razonable, una *determinatio* debe ser coherente con las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, aunque no tiene por qué ser necesariamente, ni siquiera usualmente, la *determinatio* que él mismo habría hecho si hubiera tenido la oportunidad; ni siquiera tiene por qué ser una que él consideraría como “sensata”.⁹³³

3.5.15.4. Valoración del derecho positivo

Finnis afirma que la tradición del pensamiento iusnaturalista no minimiza ni margina la importancia del derecho positivo. Por el contrario, sostiene “que el acto de ‘poner’ el derecho... es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios ‘morales’; que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención, o mera ‘decisión’; y que esas mismas normas morales justifican (a) la misma institución del derecho positivo, (b) las principales instituciones, técnicas, y modalidades dentro de esa institución (*e.g.* la separación de poderes), (c) las principales instituciones reguladas y sostenidas por el derecho (*e.g.* el gobierno, los contratos, la propiedad, el matrimonio, y la responsabilidad penal). Lo que verdaderamente caracteriza a la tradición es que no se satisface con simplemente observar el hecho histórico o sociológico de que la ‘moral’ afecta de tal modo al ‘derecho’, sino que en lugar de eso procura determinar cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica, para ofrecer de este modo una base racional para las actividades de los legisladores, los jueces, y los ciudadanos.”⁹³⁴

3.5.16. La obligación

¿Qué es la obligación? Etimológicamente, obligación significa “fuerza vinculante (*ligare*, atar) de los compromisos promisorios o cuasi-promisorios.”⁹³⁵ Es una forma de necesidad racional. Es decir, la razón establece que “debo” actuar de

⁹³² *Ibidem*. Pág. 315-316.

⁹³³ *Ibidem*. Pág. 316.

⁹³⁴ *Ibidem*. Pág. 317.

⁹³⁵ *Ibidem*. Pág. 326.

tal y o cual maneara. Incluso puede correctamente hablarse de que alguien *debe* hacer tal cosa, aun cuando no tenga la *obligación* de hacerlo.

Esta última distinción implica que la *obligación* no siempre tiene relación con el *deber*, aunque, en la teoría finnisiana, siempre necesariamente la tiene con la racionalidad.

3.5.16.1. La obligación en la promesa

Comúnmente se relaciona la obligación con el acto de prometer: quien realiza una promesa, aunque no sea a otra persona determinada, tiene la obligación de cumplirla. Por eso Finnis analiza la figura de la “promesa”.

El significado focal de promesa se encuentra en esa expresión que “se hace a sabiendas con la intención de que sea tomado como creador de... (una) obligación.”⁹³⁶ Esto es, la promesa como un signo, dentro de un contexto aceptado, que se hace a otro de dar, hacer o no hacer algo. “Así la voluntad del promitente de estar vinculado (o de dar a entender que quiere estar vinculado) es una de las condiciones necesarias para que efectivamente esté vinculado.”⁹³⁷

“En su caso central, entonces, una promesa se constituye si y sólo si (i) A comunica a B su intención de asumir, por ese mismo acto de comunicación (unido a la aceptación de éste por parte de B), una obligación de realizar una cierta acción (o de procurar que ciertas acciones sean realizadas), y (ii) B acepta este compromiso en interés de sí mismo, o de A o de una tercera parte, C... Esto es lo que hace que hacer una promesa sea distinto de expresar una intención de realizar una acción.”⁹³⁸ Incluso, no habrá promesa y, por tanto, obligación, cuando alguien emite un signo “en un contexto en que nadie está inclinado a criticarlo... por el incumplimiento...”⁹³⁹

La realización de una promesa implica o supone, pues, “la obligación” de cumplirla. “Lo sorprendente sobre las promesas es que su obligación se considera creada por, o por lo menos basada en, una referencia intencional (expresa o implícita) a esa obligación. Una expresión que significa la asunción de una obligación causa... esa obligación.”⁹⁴⁰ Esto lleva a Finnis a estudiar la “causa” de la obligación en el acto de prometer según lo dicho anteriormente.

⁹³⁶ *Ibidem*. Pág. 327.

⁹³⁷ *Ibidem*. Pág. 335.

⁹³⁸ *Ibidem*. Pág. 326-327.

⁹³⁹ *Ibidem*. Pág. 328.

⁹⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 327.

3.5.16.1.1. La promesa obliga porque es la práctica común (explicación de primer nivel)

¿Cómo obligan las promesas? Primero porque lingüísticamente hay expresiones que significan la asunción de un compromiso, de una obligación; y así es la práctica, la costumbre. Uno hace una promesa y el destinatario espera su cumplimiento. “Un análisis que arroja la conclusión de que uno está sujeto a una obligación promisorio si y sólo si existe una práctica social según la cual la propia expresión de un compromiso se toma como justificadora de las exigencias y de la presión para obtener el cumplimiento, de las críticas por incumplimiento, etc., no es un análisis insignificante.”⁹⁴¹

Pero esta explicación de la obligación, de primer grado, no es suficiente. Y ello se demuestra así: “dado por sentado que existe esta práctica social en que el acto lingüístico o cuasi-lingüístico de prometer da origen a tales y cuales expectativas prácticas, reacciones, etc., ¿por qué debería yo conformarme con la práctica? ¿Por qué no *romper el encantamiento*, en cualquier etapa del camino?”⁹⁴²

3.5.16.1.2. La promesa obliga por la presión social (explicación de segundo nivel)

Un segundo nivel de explicación es el que da Hume: “las convenciones de los hombres [acerca de las promesas]... crean un nuevo motivo... Después de que estos signos son instituidos, quienquiera que los usa queda inmediatamente obligado por su propio interés a ejecutar sus compromisos, y jamás debe esperar que confíen en él otra vez, si rehúsa cumplir lo que prometió.”⁹⁴³

Esta explicación no es insignificante. Se basa en la experiencia y en lo que la mayoría de los individuos sienten ante el posible incumplimiento de una obligación: los demás no volverán a confiar en él. Se trata, esencialmente, del propio interés: si incumplo, los demás no confiarán más en mí; y, entonces, no lograré lo que yo quiero de ellos: que confíen en mí. “Así, como dice Hume, ‘el interés es lo primero que obliga a la ejecución de las promesas’.”⁹⁴⁴

Sin embargo, es una explicación insuficiente. “Hay muchas circunstancias en las que dejar de cumplir una promesa, que todos los partícipes en la práctica social reconocerán como vinculante, de hecho lo expondrá a uno a nada más que un riesgo de ‘que nunca confíen en mí de nuevo’. Y ese riesgo puede ser bastante remoto, incluso insignificante. De hecho, hay casos en los que (por falta de observadores, o por la habilidad para el ocultamiento...) no hay peligro de que la violación de la

⁹⁴¹ *Ibidem*. Pág. 328.

⁹⁴² *Ibidem*. Pág. 329.

⁹⁴³ *Ibidem*. Pág. 329.

⁹⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 329.

obligación sea siquiera conocida, cuanto menos de que sea tomada como un indicio de una ausencia general de confiabilidad.”⁹⁴⁵

3.5.16.1.3. La promesa obliga por razón del bien común (explicación de tercer nivel)

Una explicación de tercer nivel, con referencia al bien común, es la que podrá satisfacer plenamente la respuesta a la pregunta de ¿por qué estoy obligado a realizar tal o cual acto? “Todo hombre tiene razón para estimar el bien común –el bienestar por igual de sí mismo y de sus compañeros y potenciales compañeros en la comunidad, y el conjunto de condiciones y maneras de realizar ese bienestar- ya sea por amistad en cuanto tal, o por un reconocimiento imparcial de que los bienes humanos se realizan tanto por la participación en ellos de otras personas como por la propia.”⁹⁴⁶

Se puede, entonces, concluir que “si uno ha de ser una persona que favorece y contribuye al bien común, uno debe conformarse con la práctica de prometer”⁹⁴⁷: cumplir la obligación.

Esta explicación de tercer nivel se basa en que la obligación de cumplir una promesa va en relación directa con la realización personal. Y esta realización personal es una aportación al bien común. El incumplimiento daña directamente la autorrealización; pero también el bien general de la comunidad. “Porque la práctica de prometer adquiere mucho de su valor, como contribución al bien común, precisamente del hecho de que la obligación que implica existe y permanece incluso cuando parece probable que el rompimiento sea indetectable. Alguien que no cumpla su promesa simplemente porque juzga que su incumplimiento no será detectado está haciendo, por tanto, lo que puede para estorbar el bien común en ese aspecto particular.”⁹⁴⁸

Además, “es una verdad de amplia aplicación que un individuo actúa del modo más conveniente en beneficio del bien común, no intentando estimar las necesidades del bien común “en general”, sino cumpliendo sus compromisos contractuales, y haciendo frente a sus otras responsabilidades, respecto de individuos determinados, *i.e.* respecto de quienes tienen derechos particulares correlativos a sus deberes. Cumplir las propias obligaciones particulares según justicia, incluso dentro de la esfera restringida de los contratos privados, las responsabilidades familiares, etc., es necesario si uno ha de respetar y favorecer el bien común, *no* porque ‘de lo contrario todo el mundo sufre’, ni porque el incumplimiento disminuiría el ‘bien neto total’ según un cómputo utilitarista imposible, ni siquiera porque ‘constituiría

⁹⁴⁵ *Ibidem.* Pág. 330.

⁹⁴⁶ *Ibidem.* Pág. 330.

⁹⁴⁷ *Ibidem.* Pág. 331.

⁹⁴⁸ *Ibidem.* Pág. 331.

un mal ejemplo' y así debilitaría una práctica útil, sino simplemente porque el bien común *es* el bien de los individuos, que viven juntos y dependen unos de otros según formas que favorecen el bienestar de cada uno.”⁹⁴⁹

Y hay todavía una cuarta explicación que es, en realidad, una explicitación de la anterior. Tengo que cumplir con mi obligación porque es “una exigencia necesaria derivada de la exigencia de la razonabilidad práctica de tratar a los demás como querríamos ser tratados por ellos (imparcialidad)”.⁹⁵⁰

El bien común implica que “los individuos puedan establecer acuerdos confiables entre ellos mismos para la solución definida y duradera de los problemas de coordinación y, más en general, para la realización de los bienes de la autoconstitución individual y los de la comunidad. (La confianza mutua no es simplemente un medio para fines ulteriores distintos; es en sí misma un valioso componente de toda vida en común.)”⁹⁵¹

Por lo tanto, el promitente no puede simplemente dejar de cumplir lo prometido, porque atentaría contra el bien común. Consecuentemente, el destinatario de la promesa ha de tener derecho a exigir el cumplimiento de la misma. La autoridad, que debe vigilar por el bien común, ha de procurar que las promesas no queden incumplidas. Y, por ende, es necesario un sistema normativo que establezca las formas y las instituciones para hacer efectivas las promesas en caso de incumplimiento.

La necesidad permanente del bien común, atendiendo a lo dicho anteriormente, “puede ser realizado con una imparcialidad razonable *solamente* si el individuo cumple su promesa; y esta necesidad *es* la obligación de su promesa... ‘Yo *no puedo* ser una persona que obra en beneficio del bien común *a menos* que me conforme a la práctica mediante el cumplimiento de esta promesa’. Secundariamente, ‘yo *no puedo* ser una persona racionalmente imparcial *a menos* que asuma las cargas de la práctica tanto como los beneficios, y cumpla esta promesa...’ Tanto las autoridades responsables del bien común en general, y el destinatario de la promesa u otro beneficiario determinado, tienen el derecho a exigir que la promesa sea cumplida. En consecuencia es conveniente que haya un derecho (*law*) de los contratos (y las doctrinas judiciales de la buena fe, la equidad, etc.) que se pueda hacer cumplir judicialmente y un derecho (*right*) de las partes (y a veces de los beneficiarios) para demandar judicialmente el cumplimiento de las promesas tuteladas por ese derecho (*law*).”⁹⁵²

⁹⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 332.

⁹⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 331.

⁹⁵¹ *Ibidem*. Pág. 333-334.

⁹⁵² *Ibidem*. Pág. 334.

3.5.16.2. *La variabilidad de la obligación promisorio*

La obligación de cumplir las promesas, a decir de Finnis, es variable y fácilmente dejada de lado. "... la obligación de la promesa es muy variable, y a menudo es bastante débil... una promesa es normalmente una razón excluyente que puede ser rebatida o dejada sin efecto (*defeated*) por algunas razones contrapuestas, a menudo por un amplio rango de razones fácilmente disponibles..."⁹⁵³

Cuando se quiere o pretende dar una fuerza incondicional a la obligación en una promesa, siempre se realiza ésta en forma solemne, como puede ser, por ejemplo, la promesa matrimonial. "... y aún a tal forma lingüística se le puede dar una reducida significación creadora de obligación, en virtud de la práctica en que se enraíza."⁹⁵⁴

Lo anterior implica que se valore de diversa forma la obligación promisorio, y hasta que se preste a abusos. Que en algunas circunstancias se considere que no se tiene realmente obligación de cumplirla; y, en otras, que se tiene un compromiso a medias o simplemente que no se tiene compromiso.

3.5.16.3. *La invariabilidad de la obligación jurídica*

Esta falta de fiabilidad es lo que pretende evitar la obligación jurídica. "Esto es, entonces, lo primero que se ha de observar respecto de la obligación jurídica. Mientras que, en el nivel del lenguaje, de las actitudes comunes, y de la práctica, las partes en las promesas entienden la obligatoriedad de las promesas como variable entre una promesa y otra, los juristas –en cambio– consideran que la obligatoriedad de todos los preceptos legales y por ende de todas las transacciones reguladas jurídicamente posee la misma fuerza jurídica en todos los casos. Hablando jurídicamente, no hay grados de obligatoriedad jurídica, del mismo modo que no hay grados de validez jurídica."⁹⁵⁵

La invariabilidad de la obligación jurídica implica que no haya "deberes jurídicos superpuestos o en conflicto... Un jurista siempre buscará definir... los límites de toda obligación potencialmente aplicable, de forma que pueda identificarse la única obligación jurídica en la situación bajo consideración, y que puedan simplemente desestimarse (para esa situación) todas las pretensiones de obligación concurrentes."⁹⁵⁶

⁹⁵³ *Ibidem.* Pág. 335-336.

⁹⁵⁴ *Ibidem.* Pág. 336.

⁹⁵⁵ *Ibidem.* Pág. 336-337.

⁹⁵⁶ *Ibidem.* Pág. 338.

“... La inflexibilidad del derecho se enraíza en la invariabilidad... de la fuerza orientadora de la acción de todas y cada una de las disposiciones jurídicas que imponen obligaciones...”⁹⁵⁷

Y este carácter de “blanco-o-negro de la obligación jurídica (igual que el carácter de todo-o-nada de la validez jurídica) forma parte de los datos, que una explicación del derecho debe tomar en cuenta y explicar...”⁹⁵⁸ Finnis señala que no basta, para justificar racionalmente el mencionado carácter del derecho, ni una explicación de primer grado (la presión social), ni siquiera la de segundo grado: la pena imponible.

Sólo una explicación de tercer grado (el bien común) puede explicar cabalmente la invariabilidad de la fuerza obligatoria del derecho. Nuestro autor indica que incluso Hart reconoce esto cuando distingue “entre verse obligado (bajo amenaza de consecuencias desagradables) y estar bajo una obligación en virtud de una regla preceptiva.”⁹⁵⁹ En consecuencia, Finnis afirma categóricamente que “...la fuerza ‘directiva’ del derecho no ha de ser reducida a, ni explicada por referencia exclusiva a, la fuerza ‘coactiva’ del derecho.”⁹⁶⁰

3.5.16.4. La especificidad de la obligación jurídica

Las leyes establecen obligaciones. Muchos han considerado y siguen considerando que la obligatoriedad de las leyes radica en la sanción. Sin embargo, ésta no puede explicar por sí sola “la obligación”: ¿por qué tendría que llevar a cabo el supuesto previsto en la ley, si en muchos casos es menos gravoso pagar la sanción que cumplir con la obligación?

¿Cuál es, entonces, el fundamento de la obligación jurídica, y qué es lo que la hace diferente de la obligación moral? Finnis está de acuerdo en que existe distinción entre la obligación moral y la jurídica. “... la ciencia específicamente jurídica, que razonablemente se empeña en que la obligación jurídica sea entendida como invariable y en que la obligación jurídica... sea claramente distinguida de todas esas obligaciones morales (o de otro tipo) que subsistirían independientemente de o en ausencia del derecho.”⁹⁶¹

Finnis nuevamente se sumerge en un análisis lingüístico para sacar la respuesta sobre el fundamento y especificidad de la obligación jurídica. De ahí que indique que toda norma jurídica puede ser formulada esquemáticamente de la

⁹⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 338.

⁹⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 339.

⁹⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 340.

⁹⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 340.

⁹⁶¹ *Ibidem*. Pág. 346.

siguiente manera: “Si p , q , r , entonces $XO\phi$ ” –donde ‘ p , q , r ’ significan las circunstancias bajo las cuales surge la obligación jurídica, ‘ ϕ ’ representa una descripción-de-un-acto que significa el acto obligatorio (que es o ha de ser) realizado por X , la persona relevante sometida a la norma en esas circunstancias, y ‘ O ’ es un operador modal deóntico que significa que ϕ es en esas circunstancias obligatorio para X (no simplemente permitido u optativo; ni tampoco que eso realmente sea o no sea así o que sea posible o necesario, como podría ser significado por algún operador no deóntico).”⁹⁶² Por lo tanto, es necesario establecer cómo el operador deóntico –que especifica que es debido el acto- tiene la fuerza obligatoria que no tienen otras expresiones (léase, “operador no deóntico”) en relación al actuar del ser humano.

“Usando este análisis, podemos decir que el problema estudiado... es el problema de explicar (i) cómo un precepto legal que impone una obligación proporciona una razón para la acción que no existiría independientemente de ese precepto legal y que en verdad es proporcionada por ‘el derecho’ o el sistema jurídico mismo, y (ii) por qué la obligación de tal precepto legal tiene, para el pensamiento jurídico, el carácter de blanco-o-negro característico de las obligaciones jurídicas... La respuesta al problema consiste en la correcta identificación del razonamiento práctico del súbdito observante de la ley, razonamiento al cual se dirige tal norma y que se intenta que esa norma dirija de una manera característicamente ‘obligatoria’.”⁹⁶³ Y este razonamiento práctico puede, según Finnis, identificarse así:

“Paso A. En relación con *todos* los problemas de coordinación que jurídicamente se han especificado como aptos para recibir una solución jurídica... yo debo actuar de la manera jurídicamente especificada si he de respetar el bien común.

Paso B. Cuando un modelo-de-acción ha sido jurídicamente especificado como obligatorio... la *única* manera de satisfacer la necesidad postulada en el paso A es actuar según el modelo así especificado...

Paso C. Así, en los casos mencionados en el paso B, yo tengo que [debo] actuar de la manera especificada como obligatoria...”⁹⁶⁴

Finnis señala que la especificidad de la obligación jurídica se encuentra en el paso B, y complementariamente en el C, porque el signo que determina esa obligación es creado “por un signo que expresa o implícitamente *significa* esa obligación. En los pasos B y C del esquema, el signo jurídico que significa una obligación jurídica específica es indicado por la fórmula ‘Si p , q , r , entonces $XO\phi$... en el paso C... (la fórmula) se refiere no al signo jurídico, la disposición jurídica de

⁹⁶² *Ibidem*. Pág. 341.

⁹⁶³ *Ibidem*. Pág. 341.

⁹⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 342.

la obligación, sino a la necesidad racional, dados los pasos *A* y *B*, de actuar de la manera caracterizada como ϕ ”⁹⁶⁵

Los tres pasos anteriores, a decir de Finnis, pueden comprenderse más fácilmente si se expresan de la siguiente forma:

“A. Necesitamos, por el bien común, ser observantes de la ley;

B. Pero cuando “ ϕ ” –una determinada acción- está dispuesto por la ley como obligatorio, la única manera de ser observantes de la ley es hacer “ ϕ ”;

C. Por lo tanto, necesitamos (es obligatorio para nosotros) hacer “ ϕ ” cuando ha sido jurídicamente dispuesto que “ ϕ ” es obligatorio”.⁹⁶⁶

“... ¿De dónde, entonces, la fuerza jurídicamente invariable de la obligación jurídica? La respuesta es: del paso *B*...

“El Paso B propone que si uno ha de tener y retener la calidad de ‘ciudadano observante de la ley’ uno *debe* realizar toda acción que la ley (*the law*) haya dispuesto como ‘obligatoria’, cuando quiera y en todos los aspectos en que tales disposiciones sean aplicables... Cuando uno se encuentra con una regla jurídica que establece una obligación aplicable a sus circunstancias no hay ninguna regla o principio jurídicamente reconocido al que uno pueda apelar para liberarse de su obligación.”⁹⁶⁷

El paso A puede considerarse todavía un principio relativo y relacionado con valores metajurídicos. Sin embargo, el paso B es indiscutiblemente jurídico. Y el C es la conclusión lógica de que necesariamente está uno obligado a realizar la acción “ ϕ ” si quiere ser buen ciudadano y contribuir al bien común.

“... Las fórmulas que expresan obligatoriedad jurídica reciben su inteligibilidad específica del hecho de que están deliberadamente diseñadas no sólo para integrarse en los razonamientos prácticos del ciudadano recalcitrante, dominados principalmente por la posibilidad de sanción, sino también, y de manera más característica para integrarse en y para otorgar una especial fuerza concluyente a los razonamientos prácticos de quienes ven la necesidad (por el bien común) de autoridad y están generalmente dispuestos a actuar de acuerdo con ella.”⁹⁶⁸

“De esta forma el derecho, en cuanto sistema de razonamiento práctico ofrecido al hombre que quiere (y ve la necesidad de) ser observante de la ley, procura dar una fuerza invariable a la necesidad racional expresada en el paso C, la conclusión del hombre observante de la ley. Esa es la razón por la que he

⁹⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 342.

⁹⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 343.

⁹⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 343.

⁹⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 344.

enfaticado que es sólo ‘ante el derecho’ que la obligación jurídica posee fuerza invariable.”⁹⁶⁹

3.5.16.5. *Obligación jurídica y obligación moral*

Con el esquema presentado por Finnis, y expuesto en el apartado anterior, se tiene que distinguir: *por una parte*, tanto (ia) el principio moral incorporado en el paso A, en el sentido de que “los preceptos legales proporcionan orientación autoritativa y directamente aplicable para el hombre razonable y le relevan de la necesidad de ponderar (como tuvo que ponderar la legislatura) los pros y los contra de muchos posibles cursos de acción. (ib) El teorema moral, incorporado en el paso C, de que una de las formas de la obligación moral es la obligación jurídica; respecto de, *por otra parte* y (ii) el principio jurídico (o teorema de ciencia jurídica en sentido estricto) de que la obligación jurídica es invariable. La *igual* obligación ante *el derecho* de cada precepto legal que impone obligación ha de ser claramente distinguida de la obligación moral de obedecer *cada* precepto legal...

“... al igual que la obligación de las promesas, la obligación moral de obedecer *cada* precepto legal posee fuerza variable.”⁹⁷⁰ Esta variabilidad surge de la importancia de la regla jurídica en el sistema. No es lo mismo la obligación moral de obedecer la norma que ordena respetar la vida de los otros, a la que manda estacionar el auto en una zona determinada.

La exigencia positivista de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral la sostiene también la teoría finnisiana, y desde esta perspectiva se “puede observar que es satisfecha (dicha exigencia) por el paso B en el esquema. Este paso expresa el hecho de que el pensamiento jurídico, donde quiera que razonablemente puede, acude a fuentes definidas de obligaciones y de reglas jurídicas, *viz.* a los actos que los juristas consideran autoritativos, *i.e.* que proporcionan *ahora* (en el cambiante instante presente) una razón buena y concluyente (o al menos excluyente en un grado determinado) para actuar *ahora* de la manera dispuesta *entonces*.... Esos actos o hechos pasados incluyen los actos de creación o modificación deliberada o al menos datable a los que las reglas jurídicas, *qua* jurídicas, están siempre sujetas, en contraste con las reglas morales, las cuales *qua* reglas morales consideradas en tanto que morales no tienen orígenes datables y no pueden ser modificadas.”⁹⁷¹

La obligación -el tener que hacer o no hacer, la exigencia de cumplir lo prometido, o lo exigido por el derecho- tiene su fuerza no tanto, como ya se ha dicho, en la expectativa de una sanción, sino en la realización del bien común.

⁹⁶⁹ *Ibidem.* Pág. 344.

⁹⁷⁰ *Ibidem.* Pág. 344-345.

⁹⁷¹ *Ibidem.* Pág. 346.

Por eso, por la referencia esencial al bien común, es obligatorio moralmente obedecer las leyes. La obligación moral –actuar de acuerdo a las exigencias de la razonabilidad práctica- no se identifica, sin embargo, con la obligación jurídica. Ésta es una de las formas de la obligación moral. “... una de las formas de la obligación moral es la obligación jurídica.”⁹⁷²

El derecho crea una expectativa de ser obedecido y de exigencia moral de que sea observado porque su cumplimiento es “moralmente adecuado a la ‘comunidad’”. El derecho suministra al ciudadano, igual que al juez, razones morales fuertemente excluyentes para actuar o para abstenerse de ciertas acciones.”⁹⁷³

La obligación de obedecer la ley jurídica se funda en la obligación moral de contribuir al bien común, en función de que dicha norma expresa una razón excluyente de otras muchas para actuar así, en esa determinada circunstancia, porque es una solución adecuada a un problema de coordinación. Y, en tal sentido, contribuye al bien común.

Pero, ante una norma que es jurídicamente válida, pero no acorde a la racionalidad, la obligación moral de obedecerla no existe.

3.5.16.6. La ley meramente penal

El sentido puramente jurídico de la obligación se distingue, como ya se ha señalado, del sentido moral de esa misma obligación. Finnis esclarece esta afirmación, aduciendo dos controversias: la que se ha dado “entre juristas acerca de la obligación jurídica creada por un contrato: ¿consiste en cumplir lo que fue asumido, o no es más que una obligación de indemnizar los perjuicios a la otra parte en caso de incumplimiento? Y [la que se ha dado] entre los moralistas acerca de la obligación moral de obedecer una regla de derecho que crea una obligación jurídica: ¿consiste en hacer lo que esa regla de derecho implícita o explícitamente le ordena hacer al súbdito, o no es más que una obligación de someterse a la ‘pena’ dispuesta por el derecho con determinadas condiciones que se refieren a las acciones u omisiones del súbdito?”⁹⁷⁴

3.5.16.6.1. La ley meramente penal, según los juristas

En cuanto a la primera de las controversias, Finnis considera que quienes piensan en la obligación jurídica como un sujetarse a resarcir daños más que a cumplir lo asumido en el contrato o en la promesa, es en razón de una visión pragmática y parcial del derecho: que los tribunales determinen la indemnización o la reparación del daño ante el incumplimiento de lo pactado.

⁹⁷² *Ibidem*. Pág. 344.

⁹⁷³ *Ibidem*. Pág. 345.

⁹⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 347.

En la práctica no hay más que una solución ante el incumplimiento de una obligación: la imposición de la pena y el resarcimiento de los daños. Finnis transcribe lo que, en tal sentido, opina Oliver Wendell Holmes:⁹⁷⁵ “¿Qué significa la noción de deber jurídico para un hombre malo? Principalmente, y en primer lugar, una profecía de que si él hace ciertas cosas será sometido a consecuencias desagradables por medio de la prisión o del pago forzado de dinero... la única consecuencia universal de una promesa jurídicamente vinculante es, que el derecho fuerza al promitente a indemnizar perjuicios si el evento prometido no llega a acontecer. En todos los casos lo deja libre de interferencia hasta que ha transcurrido el tiempo para cumplir, y por tanto libre de romper su contrato si le da la gana”.⁹⁷⁶

La formulación de esta opinión sería: las reglas que imponen obligaciones jurídicas las imponen en sentido disyuntivo: o cumplir lo pactado o indemnizar.

Teóricamente no hay objeción para aceptar la opinión de Holmes: que toda norma jurídica pueda ser interpretada en el sentido de que el sujeto debe, o bien hacer lo ordenado por la norma, o bien resarcir daños y perjuicios. Sin embargo los sistemas jurídicos no están sustentados en la disyunción sino en el principio de que los pactos deben cumplirse y que el incumplimiento a los mismos es un acto ilícito. En la práctica, se sostiene que los contratos están para cumplirse y dar prioridad a la acción que busca la permanencia de los acuerdos sobre la que pretende el rompimiento de los mismos. “Un albacea testamentario, por ejemplo, está obligado a cumplir los contratos celebrados por el causante cuyo patrimonio él administra, aún cuando fuese más ventajoso para el patrimonio y sus beneficiarios que él rehusara cumplir e indemnizara los perjuicios por el incumplimiento. La razón judicialmente formulada a favor de esta regla es significativa: ‘el incumplimiento de un contrato susceptible de ser impuesto por el derecho es un acto ilícito. Y también: ‘El albacea tiene... un claro deber de cumplir. El deber moral es inequívoco. Consiste en cumplir el contrato celebrado por el causante intestado. El deber jurídico, en este caso, como... en todos los casos en que es plenamente comprendido y examinado, es idéntico al deber moral’.”⁹⁷⁷

Por eso, “...la lealtad al sistema jurídico como un todo requiere, según la interpretación que hacen de sí mismos estos sistemas jurídicos, que uno realice aquello a lo que se comprometió; ofrecer o estar dispuesto a indemnizar perjuicios, o pagarlos una vez evaluados, no es suficiente”.⁹⁷⁸

⁹⁷⁵ Oliver Wendell Holmes, Jr: (1841-1935) Miembro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y uno de los más influyentes representantes del realismo americano.

⁹⁷⁶ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*. Op. Cit. Pág. 348, citando la opinión de Oliver Wendell Holmes.

⁹⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 349.

⁹⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 350.

La obligación de cumplimiento de las obligaciones en todos los sistemas jurídicos “es una indicación de que los contratos son sostenidos por el derecho con miras al bien común.”⁹⁷⁹

El cumplimiento de la obligación jurídica de lo pactado favorece más directamente y mejor al bien común, que la indemnización por el incumplimiento. Lo primero da seguridad jurídica y permite una interrelación más ágil, cómoda y previsible. Lo segundo aporta, no sólo desconfianza mutua, frustración psicológica en las partes, sino también costos en el sistema judicial que bien podrían ser aprovechados para otras necesidades en la comunidad. “Si todos los contratos fuesen interpretados y sostenidos en el sentido disyuntivo holmesiano, el bien común de la coordinación todavía podría, naturalmente, ser favorecido en alguna medida. Pero se ve mucho más favorecido si el derecho, tal como lo hace, (a) permite a las partes celebrar contratos disyuntivos si lo desean, pero (b) rehúsa interpretar otros contratos disyuntivamente, y de este modo (c) permite a las partes en un contrato saber con precisión qué curso de acción único es exigido a la otra parte por el derecho...”⁹⁸⁰

Finnis sugiere que la obligación jurídica, a diferencia de lo expuesto por Holmes, “puede ser explicada como la necesidad de un tipo de medio adecuado de manera única para conseguir una forma de bien (*e.g.* la disponibilidad permanente de una coordinación de acciones beneficiosas)”.⁹⁸¹

La importancia social del derecho deriva no sólo de su capacidad de influir en la conducta del individuo que sólo busca su propio provecho, para inhibir esa conducta mediante la pena, sino “también de su capacidad de proporcionar a todos esos ciudadanos que están dispuestos a promover el bien común orientaciones precisas acerca de lo que *deben* hacer *si* han de seguir la dirección autoritativamente elegida como dirección común hacia ese bien (dándose por supuesto que tener una ‘dirección común’ definida y generalmente aceptada es, presumiblemente, una forma particularmente buena de promover el bien común).”⁹⁸²

3.5.16.6.2. La ley meramente penal, según los moralistas

La teoría de la ley meramente penal sostiene “que algunos preceptos legales que de otra manera podrían interpretarse como que imponen al súbdito una obligación jurídica (y por tanto moral...) de hacer ϕ debieran más bien interpretarse como que le imponen nada más que la obligación de someterse a la pena P —o, en algunas versiones de la teoría, como que le imponen solamente la obligación

⁹⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 350.

⁹⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 350.

⁹⁸¹ *Ibidem*. Pág. 351.

⁹⁸² *Ibidem*. Pág. 351.

disyuntiva de *o bien* hacer ‘ ϕ ’ *o bien* someterse a la pena P. Un precepto legal que debiera ser interpretado así era una ‘ley meramente penal’.”⁹⁸³

“La expresión ‘ley meramente penal’ procede de un análisis elemental de la forma de las disposiciones jurídicas. Tales disposiciones pueden revestir (o ser reducidas analíticamente a) una u otra de entre tres formas: (i) ‘Si p , q , r , entonces $XO\phi$ ’; esta forma fue a menudo denominada, confusamente, *lex moralis*; (ii) ‘Si p , q , r , entonces $XO\phi$: la pena por el incumplimiento es P’; esta forma con dos cláusulas fue denominada *lex poenalis mixta*, pues, combinaba la prescripción de una acción (o, por supuesto, omisión) con la prescripción de una pena; (iii) ‘Si p , q , r , y X (no) hace ϕ se le ha de imponer una pena’; esta directriz condicional a los funcionarios fue denominada *lex pure* [o *mere*] *poenalis*, pues su formulación se ocupa solamente (*pure*, o *mere*) de la sanción.”⁹⁸⁴

Quien por primera vez trató el tema fue Alfonso de Castro, en el siglo XVI. “En su versión de la teoría la razón decisiva para interpretar una ley como que impone sólo la obligación de someterse a la pena era sencillamente la *forma* de la ley. Si la formulación legislativa era una directriz condicional de imponer una pena (*i.e.* la forma *pure poenalis*), entonces la ley debe ser interpretada como que no impone al súbdito ninguna directriz obligatoria de hacer el acto, ϕ , cuya no realización era la condición de la pena. Si, por otra parte, el legislador usaba la forma *poenalis mixta*, incorporando una expresa orientación al súbdito de hacer ϕ , entonces la ley debe ser interpretada como que impone al súbdito una obligación de hacer ϕ .”⁹⁸⁵

Es decir, según De Castro, sólo las normas imponibles con sanción, pero sin obligación para el súbdito, eran las leyes “meramente penales”. A este respecto, Finnis anota: “El lector moderno habrá advertido que en la ‘teoría pura del derecho’ de Kelsen todos los preceptos legales han de ser presentados analíticamente en la forma *pure poenalis*, pero luego han de ser interpretados como que imponen al ciudadano una obligación [puramente jurídica, naturalmente] de hacer el acto cuya no realización es la condición para la aplicación de la pena.”⁹⁸⁶

“El motivo de De Castro para vincular la obligación a las formas verbales era limitar los efectos de una noción de obligación jurídica/moral que, según decía él, había encontrado ampliamente difundida entre los laicos y los confesores y predicadores menos instruidos –la noción de que siempre que se ha dispuesto una pena por el legislador no hay obligación para el súbdito de hacer (o abstenerse de hacer) el acto (u omisión) a que se ha asignado la pena,

⁹⁸³ *Ibidem*. Pág. 352.

⁹⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 351-352.

⁹⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 352.

⁹⁸⁶ *Ibidem*. Pág. 352-353.

ni hay en verdadera obligación de hacer ninguna otra cosa fuera de someterse a la pena si acaso y cuando le es impuesta. La estrategia de De Castro consistía en restringir esta amplia exención de la obligación positiva a la clase relativamente restringida de casos en que las fórmulas del legislador no contenían en absoluto una directriz para el súbdito.”⁹⁸⁷

Después de Alfonso de Castro “surgió una nueva versión” de la teoría de la ley meramente penal. Finnis cita como autores de tal versión a “Martín de Azpilcueta, llamado corrientemente Navarrus (1557) y Gregorio de Valencia (1592)”⁹⁸⁸. Según esta versión, todas las leyes son directivas y no dejan opción al incumplimiento versus la pena. Sin embargo, el legislador dispone “de dos métodos para conferir a su directriz fuerza orientadora de la acción: podía *o bien* unir a ella la amenaza de una sanción P, que habría de ser impuesta por sus funcionarios en caso de incumplimiento de la directiva, *o bien* unir a ella una obligación moral (con el resultado de que el súbdito que no cumpliera sufriría en la vida futura las penas impuestas por Dios por el pecado) Así si el legislador elegía establecer una pena P, había de *presumirse* que estaba excluyendo toda obligación moral de su directriz (expresa o implícita) de hacer ϕ . Esta expresión se fundaba en el aforismo jurídico “*expressio unius est exclusio alterius*... En un sentido nuevo, por tanto, puede presumirse que una ley que establece una pena es ‘meramente penal’, *i.e.* que no impone ninguna obligación moral al súbdito”.⁹⁸⁹

“En esta nueva versión de la teoría de la ley meramente penal, la obligación jurídica (tanto en su sentido puramente jurídico como en su sentido moral) equivale nada más que a estar expuesto a sanciones humanas o divinas; por esta razón, si no por otra, queda enteramente a la disposición del legislador imponer o no imponer la obligación (en sus dos sentidos), en cualquier grado, según le plazca.”⁹⁹⁰

Suárez (*De Legibus*: 1612) elaboró una tercera versión de la teoría: “una ley meramente penal es la que, cualquiera sea su forma, ha de ser interpretada como que impone sobre el súbdito (ciudadano) una obligación disyuntiva: *o bien* hacer ϕ *o bien* someterse a una ‘pena’ P. (Ahora parece deseable escribir la palabra ‘pena’ entre comillas al exponer la teoría, pues la más obvia dificultad de la teoría, aunque no la más básica, reside en explicar cómo P es una pena en absoluto; porque la tesis esencial de la teoría es precisamente que, en el caso de una ley meramente penal, un ciudadano que deja de hacer ϕ *no ha infringido la ley en absoluto y no ha dejado de*

⁹⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 353.

⁹⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 353: cita a pié de página.

⁹⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 354.

⁹⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 354.

obedecer ninguna directriz ya sea expresa o implícita, obligatoria o no obligatoria).”⁹⁹¹

Suárez defiende la intención del legislador cuando se trata de interpretar si una ley es meramente penal o penal mixta. Si no es posible determinar la intención de legislador, Suárez indica que “la severidad de la pena o la importancia intrínseca de la materia de la ley puede indicar que el legislador (no obstante la forma de su disposición) debe haber tenido la intención de imponer al ciudadano una obligación unívoca (no meramente disyuntiva).”⁹⁹²

3.5.16.6.3. La ley meramente penal es superflua

En síntesis, “... todas las teorías de la ley meramente penal... recurren a ficciones. El hecho es que muy pocos legisladores, tienen algún deseo de distinguir entre convertir la conducta en jurídicamente obligatoria y sujetarla a una pena, y aún menos tienen alguna intención o voluntad acerca de las consecuencias morales de lo que promulgan. Rara vez van más allá de la sencilla secuencia de razonamiento de que la común adhesión a algún modelo de acción ϕ único es deseable para el bien común, que por tanto ϕ debiera ser una exigencia jurídica, y que una sanción P debiera ser establecida (a) para indicar que de aquí en adelante es una exigencia jurídica, (b) para disuadir al desobediente de desobedecer, y (c) con vistas a la serie de consideraciones pedagógicas, retributivas y reformativas”⁹⁹³ que se buscan para el buen orden y coordinación en una comunidad.

Pero si en la práctica legislativa no se toma en cuenta consideración alguna sobre si se quiere o pretende imponer o no una obligación, las versiones de la ley meramente penal tampoco explican por qué algunas normas impositivas de impuestos permiten ciertas conductas, por ejemplo fumar, siempre y cuando se pague una contribución específica. Es decir, estas versiones de la ley meramente penal “enturbian la distinción entre tributo y pena.”⁹⁹⁴

Es demasiado engorroso, en la práctica, hacer las consideraciones de si se trata o no de una ley meramente penal. Como dice Finnis, en realidad lo que se busca es el cumplimiento de las normas y no tanto, la reparación por su incumplimiento.

⁹⁹¹ *Ibidem.* Pág. 355.

⁹⁹² *Ibidem.* Pág. 355.

⁹⁹³ *Ibidem.* Pág. 356.

⁹⁹⁴ *Ibidem.* Pág. 357.

3.5.16.7. *La voluntad del legislador no es fuente de la obligación*

Todas las versiones de la ley meramente penal asumen “que la obligación es un efecto de la voluntad del legislador [y que la obligación] ha de ser explicada por referencia a la fuerza que mueve su voluntad, y puede ser impuesta o no impuesta por él a su elección cuando señala una regla o un modelo de acción que considera deseable para el bien común”.⁹⁹⁵

Los defensores de la ley puramente penal dicen: “La obligación... nace de la decisión del legislador de crear una regla que impone obligación. ¿No puede él, por tanto, decidir crear una regla que no impone obligación, o una regla que impone una obligación menor, o una regla que impone una obligación disyuntiva (‘o ϕ o P’)? ¿Acaso la potestad de hacer lo más no incluye la potestad de hacer lo menos?”⁹⁹⁶

Las versiones de la ley meramente penal no logran distinguir la fuente de la obligación de la formulación de ésta. Finnis pone el ejemplo de un sistema federal, en el que se permita, en algunas materias, la concurrencia de las autoridades locales. Éstas, al aplicar una ley federal, no pueden simplemente poner, a su voluntad, la sanción. La fuente de la obligación está en la norma federal. Y, a su vez, esta norma federal recibe su autoridad de otro acto que asignó facultades legislativas al órgano del cual emanó.

Sí es acertado decir que la voluntad del legislador interviene en la formulación de las normas. Pero es una voluntad guiada por los principios de la razón práctica, o, más inmediatamente, por el interés de dar soluciones prácticas a los problemas de coordinación en una comunidad. Y, en consecuencia, no es la arbitrariedad y el capricho del legislador el que toma la dirección, como pretenden la teoría de la ley meramente penal.

“La cuestión de si un legislador puede excluir la obligación moral de sus disposiciones, o modificar el alcance o grado de su fuerza moral, no ha de resolverse preguntando qué obligaciones morales puede o intenta o ‘quiere’ imponer. Más bien, la cuestión ha de resolverse preguntando cuál es, en vista del bien común, la significación, para la razonabilidad práctica, de ciertos hechos... Y la respuesta correcta a esa pregunta es... que en razón de (a) la importancia del derecho como modo específico de hacer realidad un elemento fundamental del bien común, *viz.* un orden de interrelaciones humanas flexiblemente estable, equitativo, predecible y positivamente colaborativo, y (b) el hecho de que el derecho no será efectivo para ese fin a menos que sus súbditos estén generalmente dispuestos a aceptar sus disposiciones y a actuar conforme a ellas (incluso cuando ellos hubiesen preferido que las disposiciones fuesen distintas), se sigue (c) que donde el legislador autorizado dispone que ϕ es obligatorio, el efecto, para el jurista, es que ϕ es obligatorio (sin que haya

⁹⁹⁵ *Ibidem.* Pág. 356.

⁹⁹⁶ *Ibidem.* Pág. 357-358.

grados o intensidades de obligación jurídica), y el efecto para el ciudadano de conciencia recta en cuanto tal (sea o no también jurista) es que ϕ es moralmente obligatorio (presuntivamente). De este modo los actos de voluntad del legislador tienen su significación para la razón práctica de otra gente sólo porque pueden ocupar su lugar en una estructura normativa que no es obra del legislador.”⁹⁹⁷

“Mediante su decisión [del legislador] de disponer que ϕ es jurídicamente obligatorio para X, una persona con autoridad para crear leyes hace que (i) ϕ sea jurídicamente obligatorio y de este modo (presuntivamente) que (ii) ϕ sea moralmente obligatorio. Pero,... estas consecuencias emanan no de alguna ‘fuerza’ de la ‘voluntad superior’ del legislador, sino de la interrelación entre (a) el hecho de que él ha decidido de ese modo y (b) un principio ‘más alto’ (o ‘más profundo’) que hace ese hecho jurídicamente y/o moralmente significativo. En un análisis estrictamente jurídico, ese principio ulterior consistirá en algún precepto legal que atribuya efecto jurídico a tipos específicos de actos legislativos... Y en la perspectiva más amplia del razonamiento práctico, que incluye pero va más allá de los confines del razonamiento jurídico, los principios ulteriores relevantes serán los principios de que el bien común ha de ser promovido, de que la determinación autoritativa de la solución para los problemas de coordinación favorece el bien común, y que la regulación jurídica es (presuntivamente) un buen método de determinación autoritativa.”⁹⁹⁸

No existen pues “intenciones” de crear o liberar de obligaciones, ni de graduar la fuerza de esas obligaciones. Cuando una disposición obliga a realizar u omitir una acción, es sencillamente eso: una obligación jurídica. Y, por tanto, en principio, también una obligación moral.

La teoría de la ley meramente penal sólo provoca confusión, y resta la claridad necesaria que requiere el derecho para que pueda cumplir su finalidad.

Locke también estableció que “la causa formal de la obligación es la voluntad de un superior”.⁹⁹⁹ Sin embargo, según Finnis, no es posible señalar tal cosa, puesto que, en todo caso, la voluntad del legislador es “una entre varias posibles causas “eficientes”, no formales, de la obligación”¹⁰⁰⁰. La causa formal es la idea del mejor medio para dar una solución de coordinación en una comunidad. Esta causa formal está sustentada en los principios generales, que al final, se identifican y/o tienen una relación directa con las exigencias de la razonabilidad práctica.

⁹⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 360

⁹⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 359-360.

⁹⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 362: cita a pié de página.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 362: cita a pié de página.

“La amplia discreción del legislador para elegir y conformar el contenido de las obligaciones de sus súbditos... no es explicable esencialmente por referencia esos actos en cuanto tales, y [que] no le corresponde a él imponerla, excluirla, modificarla, o disponer de ella de alguna otra manera.”¹⁰⁰¹

Entonces, ¿cuál es el fundamento de la obligación? La razonabilidad. Según Finnis, “la necesidad racional que llamamos obligación (en cualquiera de sus formas) puede ser explicada solamente prestando atención (como uno en la práctica la presta cuando “decide” cualquier cosa) a los bienes que están en juego en la conformidad o no conformidad con un curso de acción propuesto o dispuesto.”¹⁰⁰²

3.5.16.8. Tomás de Aquino vs Suárez: el acto humano

Las teorías de la ley meramente penal, como ya se dijo antes, ponen el sustento de la obligación en la voluntad: “lo importante para ellos es el acto de voluntad (decisión) de ese modo expresado y dirigido a los súbditos. Una y otra vez, Suárez hace ver que a menos que el legislador decida hacer obligatorio el modelo de acción que él prefiere, no será obligatorio.”¹⁰⁰³

El fundamento de ello está en el análisis psicológico del acto humano. Suárez coincide con Tomás de Aquino en que el actuar de la persona humana deriva de una serie de actos de la inteligencia y de la voluntad. La inteligencia, primero, percibe un fin, como un bien a realizar. La voluntad, después, quiere la realización de ese bien. La inteligencia pondera los medios para obtenerlo. La voluntad decide el uso de los medios. Lo anterior sin que implique o signifique que estas facultades del hombre (inteligencia y voluntad) son cosas o que los diversos actos sean independientes. “Son distinguibles sólo analíticamente. ‘Voluntas est in ratione’ y ‘est appetitus rationalis’: S.T., I, q. 87, a4; I-II, q. 6 prol.; q. 8, a. 1; II-II, q. 58, a. 4c y ad 1”¹⁰⁰⁴

La gran diferencias entre Tomás de Aquino y Suárez es que para el primero, la decisión de actuar es atribuida a la razón; y para el segundo es atribuida directamente a la voluntad. “Suárez (como Vázquez) dice: la propia decisión lo mueve a uno a activarse y a llevar a cabo la propia acción... es la voluntad lo que mueve al hombre a la acción –en el terreno político, la voluntad del superior; en el terreno cuasipolítico del propio control sobre las propias facultades y miembros, la voluntad propia de cada uno.”¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰¹ *Ibidem*. Pág. 361-362.

¹⁰⁰² *Ibidem*. Pág. 375.

¹⁰⁰³ *Ibidem*. Pág. 366.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 363: cita a pié de página.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 363.

En cambio, para Tomás de Aquino, entre la decisión y la acción se da un “*imperium*”, generado en la inteligencia. “Tomás de Aquino discierne mediante un análisis un último componente; lo denomina *imperium* (‘mandato’, imperio). Él lo atribuye a la propia ‘razón’, y afirma que lo que lo mueve a uno a actuar no es, hablando muy estrictamente, la propia decisión sino este *imperium*, esta ‘orden a uno mismo’.”¹⁰⁰⁶

El *imperium* “es un ‘acto del intelecto’ por el cual uno, por así decirlo, pone ante sí mismo el propio curso de acción decidido. Tal acto de la mente es necesario para guiar, dar forma, dirigir la actividad física o psicosomática que llevará a efecto la propia intención.”¹⁰⁰⁷ Es la causa final la que realmente mueve, no tanto la causa eficiente. Esto es, el *imperium* es esa “respuesta activa a (a) el bien del fin y (b) la adecuación de los medios, manteniéndose tanto (a) como (b) sucintamente presentes a la propia atención mediante una representación (que podría expresarse en proposiciones acerca de lo que se ha de o se debe hacer) del modelo de acción que uno ha decidido. Esta representación, el *imperium*, ha de ser atribuida a la razón más que a la propia voluntad, porque tiene el carácter de una representación (de una serie de relaciones entre determinados fines y determinados medios) y porque a su vez hace posible introducir un orden inteligible (porque inteligente) en los movimientos físicos o psicosomáticos.”¹⁰⁰⁸

Para Suárez, en cambio, el *imperium* del Aquinate es una petición de principio, sin lógica ni necesidad alguna. Para Suárez, es la decisión –la voluntad– lo que mueve a uno, lo que hace que se realice el acto. La causa del acto humano es la eficiente y no tanto la causa final. Por lo tanto, para Suárez “lo que hace la conducta *realmente* obligatoria es, precisa y simplemente, la decisión del legislador de que lo sea”.¹⁰⁰⁹

En cambio, para Tomás de Aquino, “lo importante es que el *imperium* expresado, la ‘intención del legislador’ promulgada, representa para el súbdito un modelo de acción definido e inteligible, el cual, habiendo sido elegido por el legislador para ser obligatorio, puede realmente ser obligatorio a los ojos de un súbdito razonable porque el *imperium* del gobernante puede (en pro del bien común) ser razonablemente tratado por el súbdito como si fuera su propio *imperium*. Porque, tal como el *imperium* de un individuo, su formulada resolución de actuar, motiva sus movimientos porque transparenta el valor de sus objetivos y la conveniencia de los medios elegidos para conseguirlos, así mismo a los ojos del súbdito el *imperium* del gobernante tiene fuerza para moverlo precisamente porque transparenta el bien común y por ende el súbdito (que reconoce la necesidad de soluciones autoritativas

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 363.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 364.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 364.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 366.

para los problemas sociales) trata la disposición del gobernante como una respuesta relevante a las necesidades de ese bien común.”¹⁰¹⁰

En cambio, “Suárez hace ver que a menos que el legislador decida hacer obligatorio el modelo de acción que él prefiere, no será obligatorio. No es necesario negar esta proposición. El error de Suárez está en inferir de ella que lo que hace la conducta *realmente* obligatoria es, precisa y simplemente, la decisión del legislador de que lo sea.”¹⁰¹¹

En el fondo, la diferencia entre Tomás de Aquino y Suárez está en la concepción del movimiento. Para el Aquinate el movimiento es pasar de un estado a otro en razón del fin. Para Suárez, el movimiento es también el paso de un estado a otro pero por razón de un “empujón”, de algo que mueve desde atrás. En otras palabras, para Tomás de Aquino la causa del movimiento es la final; para Suárez, es la eficiente. Y por eso, para este último, la ley es producto de la voluntad. En cambio, para el primero es producto de la razón: “la ley es algo propio de la razón. Porque la ley es una regla y medida de la acción... y la regla y medida de los actos humanos es la razón, que es la base [*principium*] de tales actos. Porque ordenar las cosas a un fin es la función de la razón –y el fin es el primer *principium* de las acciones.”¹⁰¹²

“Las personas son movidas por sus percepciones y apreciaciones del bien, del valor, de la ventaja; las propias decisiones se convierten en las correspondientes acciones consumadas no tanto porque, habiéndose adoptado, lo empujen a uno ‘por su propia fuerza’, sino más bien porque uno puede continuar expresando ante sí mismo la propia decisión de una forma que permite que una relación, captada intelectualmente, entre un fin percibido, como valioso y un medio percibido como conveniente permanezca ‘visible’ para uno, ‘dando sentido’ a los propios movimientos a lo largo de su curso.”¹⁰¹³

El siguiente paso de la teoría suareziana, todavía aceptada en nuestros días, es que la obligación moral reside en la voluntad de Dios. No podía ser de otra manera, si seguían su lógica. “Explicaron la obligación de actuar razonablemente (*i.e.* moralmente) apelando a un ejercicio especial de la voluntad divina, mediante el cual Dios manda que el bien (lo razonable) sea hecho y el mal (lo irrazonable) sea evitado.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*. Pág. 366.

¹⁰¹¹ *Ibidem*. Pág. 366.

¹⁰¹² *Ibidem*. Pág. 366, citando a Tomás de Aquino en pie de página.

¹⁰¹³ *Ibidem*. Pág. 365.

“Tal enfoque de la explicación de la obligación está conceptualmente desviado, porque se basa en una reducción de la lógica de la razón práctica a un especie de mecánica, en la cual una fuerza mueve o supera a otra.”¹⁰¹⁴

3.5.17. La ley injusta

Finnis señala que el tema central de la ley natural no es el de la “ley injusta”, como muchos, incluso iusnaturalistas, han pretendido. “La principal preocupación de una teoría de la ley natural es explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien de los seres humanos, quienes, porque viven en comunidad, enfrentan problemas de justicia y derechos, de autoridad, derecho, y obligaciones. Y, en la perspectiva de la teoría del derecho, la preocupación principal de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho, y encontrar las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivadas (no deducidas, normalmente) de principios inmutables –principios que reciben su fuerza de su razonabilidad, no de cualesquiera actos o acontecimientos originantes.”¹⁰¹⁵ Sin embargo, el tema de la “ley injusta” merece ser tratado de forma específica.

El fundamento de la autoridad es el bien común. Y la autoridad emite reglas para ser aplicadas y que, de esta forma, se favorezca ese bien común. Estas reglas son “razones excluyentes, *i.e.* [como] razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común.”¹⁰¹⁶ Esto es, en un sistema jurídico pueden existir leyes injustas, que, no obstante ello, deben, a decir de Finnis, ser obedecidas.

3.5.17.1. Tipos de injusticia en la ley

Pueden darse cuatro formas de injusticia en las leyes:

La primera: cuando la autoridad dispone con parcialidad (intención). “... Puesto que la autoridad se deriva exclusivamente de las necesidades del bien común, el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su propio partido o de su facción, o movido por la malicia contra alguna persona o grupo.”¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁴ *Ibidem.* Pág. 367.

¹⁰¹⁵ *Ibidem.* Pág. 379.

¹⁰¹⁶ *Ibidem.* Pág. 380.

¹⁰¹⁷ *Ibidem.* Pág. 380.

La segunda: cuando la autoridad va más allá de lo que tiene ordenado. Es decir cuando se extralimita en sus funciones o actúa *ultra vires*. (autoría) “... un funcionario puede, a sabiendas o no, aprovechar su oportunidad de afectar la conducta de la gente adoptando disposiciones que exceden sus atribuciones... Un acto *ultra vires* es un abuso de poder y una injusticia contra aquellos que son tratados como sometidos a él.”¹⁰¹⁸

La tercera: cuando la autoridad no respeta las formas en la aplicación de normas (forma). “... El ejercicio de la autoridad jurídica que no se conforma a las debidas exigencias de manera y de forma es un abuso y una injusticia...”¹⁰¹⁹ Y

La cuarta: cuando esencialmente la norma es injusta (esencia). “Puede ser distributivamente injusto, al asignar algún aspecto de los bienes comunes, o algún beneficio de la vida o de las actividades comunes, a una clase que no tenga razonablemente derecho a eso según ninguno de los criterios de justicia distributiva, al mismo tiempo que se le niega a otras personas; o al imponer sobre algunos una carga de la que otros son eximidos, sin ningún criterio justo. Puede ser conmutativamente injusto, al negar a uno, a algunos, o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud públicas, etc., y compatible con el correcto ejercicio tanto de otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos por otras personas.”¹⁰²⁰

3.5.17.2. *Diversos sentidos de la obligación de obedecer la ley injusta*

La doctrina de la ley injusta no es simplemente la existencia de este tipo de “leyes”, sino fundamentalmente el problema de si han de ser o no obedecidas. O, mejor, si generan o no obligación.

Para responder a la cuestión y no caer en la falta de distinciones que expresa la fórmula agustiniana (“una ley que fuese injusta no parecería ser ley”¹⁰²¹), Finnis señala cuatro sentidos a la expresión “obligación de obedecer la ley injusta”: “(i) la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en el caso de inobservancia; o (ii) obligación jurídica en sentido intrasistemático (‘obligación jurídica en sentido jurídico’) en el cual la premisa práctica de que la obediencia a la ley es socialmente necesaria es un principio estructural aislado del resto del razonamiento práctico; o (iii) obligación jurídica en sentido moral (*i.e.* la obligación moral que presuntivamente se sigue de la obligación jurídica en sentido jurídico o

¹⁰¹⁸ *Ibidem*. Pág. 380.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*. Pág. 381.

¹⁰²⁰ *Ibidem*. Pág. 381.

¹⁰²¹ *Ibidem*. Pág. 390.

intrasistemático); o (iv) obligación moral que no deriva del carácter jurídico del establecimiento-de-la-obligación sino de alguna fuente ‘colateral’.¹⁰²²

3.5.17.2.1. Sanción ante la inobservancia de la ley

En cuanto al primer sentido, Finnis piensa que es prácticamente banal: “no es probable que alguien que pregunta cómo afecta la injusticia a su obligación de conformarse a la ley esté pidiendo información sobre la cuestión de hecho prácticamente importante pero teóricamente banal: ¿es o no es probable que yo sea colgado por no cumplir con esta ley?”¹⁰²³ De esta forma, también responde a John Austin, quien afirma que así puede ser la ley más contraria a la voluntad divina, que el tribunal la aplicará y el desobediente, sin importar, si es por objeción de conciencia, será colgado. Es decir, en principio, y si sólo este sentido tuviera la obligación, Austin tendría razón, porque es algo empírico que así es y no requiere de mayor explicación. El error de Austin es no haber visto que existen otros sentidos de la fórmula “obedecer la ley injusta”.

3.5.17.2.2. Obligación jurídica de cumplir la ley

Sobre el segundo sentido, es evidente, a decir de Finnis, que hay obligación jurídica de obedecer una ley, incluso cuando ésta sea injusta. “... es ocioso seguir planteando la cuestión en este sentido (el segundo de los cuatro enumerados), después de que el más alto tribunal ha dictaminado que a su juicio la ley controvertida no es injusta o, si es injusta, de todos modos es ley, jurídicamente obligatoria, y susceptible de ser impuesta judicialmente. No sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho (*law*) negando la obligatoriedad jurídica *en el sentido jurídico intrasistemático* de una regla recientemente declarada jurídicamente válida y obligatoria por la más alta institución del “sistema jurídico”.¹⁰²⁴

Lo anterior no quiere decir que en los sistemas jurídicos no existan mecanismos o procedimientos para denunciar que una norma es injusta. O que, incluso, el mismo sistema, a pesar de su pretensión de plenitud, esté abierto a aceptar la existencia de principios generales que tienden a evitar que se apliquen leyes injustas: “... las leyes han de interpretarse de manera que se evite el ‘absurdo’ o la injusticia...”

“Dicho brevemente, incluso en órdenes jurídicos bien desarrollados a cargo de una casta profesional de juristas, hay (y razonablemente) un buen número de oportunidades para plantear ‘intrasistemáticamente’, por ejemplo ante un tribunal de justicia, la cuestión de si acaso lo que de otra manera sería

¹⁰²² *Ibidem*. Pág. 382.

¹⁰²³ *Ibidem*. Pág. 383.

¹⁰²⁴ *Ibidem*. Pág. 384.

una obligación jurídica indubitable no es realmente obligatorio (*jurídicamente*) porque es injusto.”¹⁰²⁵ No obstante, como se dijo antes, cuando un tribunal ha decidido que la ley tiene vigencia, hay obligación jurídica de obedecerla, así sea una ley injusta.

3.5.17.2.3. Obligación moral de cumplir la ley

En relación al tercer sentido, la pregunta “...se plantea de forma nítida cuando uno está seguro de que las instituciones jurídicas de la propia comunidad no aceptarán que la ley en cuestión se vea afectada por la injusticia que uno discierne en ella. La pregunta puede formularse de este modo: habida cuenta de que la obligación jurídica implica presuntivamente una obligación moral, y que el sistema jurídico es en general justo, ¿me impone una ley injusta determinada alguna obligación moral de conformarme a ella?”¹⁰²⁶

Finnis apunta a que muchos pretenden y defienden que la respuesta a esta pregunta no forma parte de la teoría del derecho, y que su sede debe ser la filosofía moral o la filosofía política. Los argumentos finnisianos en contra de dicha pretensión son, primero “la división propuesta es artificial en la medida en que los argumentos y contraargumentos que se proponen expulsar de la teoría jurídica se hallan de hecho... en boca de los abogados en los tribunales y de los jueces que emiten sus sentencias.”¹⁰²⁷ De acuerdo a Finnis, la teoría del derecho sería incomprensible si el teórico del derecho desconociera el lenguaje y los alcances de la sociología y de la ética. Y la misma formulación de las leyes exige que se tomen en cuenta las exigencias del bienestar humano en una determinada circunstancia y en una comunidad precisa. Lo que equivale a decir, que el trabajo legislativo no puede desterrar los principios de la ética ni de la sociología ni de la política en general.

El segundo argumento es que si en la formación de sus conceptos, la teoría del derecho requiere de la ética, no se ve por qué pueda prescindir de ella en otros niveles de su desarrollo como teoría. “... una teoría del derecho que aspire a ser algo más que la lexicografía de una determinada cultura no puede resolver sus problemas teóricos de definición o de formación de conceptos salvo que recurra por lo menos a algunas de las consideraciones sobre valores y principios de razonabilidad práctica que constituyen la materia de estudio de la ‘ética’ (o ‘filosofía política’). Puesto que en este nivel básico no puede haber una distinción tajante entre las ‘dos disciplinas’, no está claro por qué la distinción, si hay tal, debiera ser considerada tan importante en otros niveles.”¹⁰²⁸

¹⁰²⁵ *Ibidem*. Pág. 384.

¹⁰²⁶ *Ibidem*. Pág. 385.

¹⁰²⁷ *Ibidem*. Pág. 385.

¹⁰²⁸ *Ibidem*. Pág. 386.

El tercer argumento es que los mismos que propugnan por desterrar cualquier cuestión ética de la filosofía del derecho, son quienes introducen sus conceptos: “Sus obras están repletas de suposiciones más o menos indiscutidas tales como que las características formales del orden jurídico contribuyen a que haya razonabilidad práctica al crear, mantener y obedecer la ley; que estas características formales tienen alguna conexión con el concepto de justicia y que, viceversa, los juristas están justificados para pensar ciertos principios de justicia como principios de *legalidad*; y que el hecho de que una disposición sea *jurídicamente* válida da alguna razón, si bien no concluyente, para tratarla como *moralmente* obligatoria o para considerar *moralmente* permisible actuar de acuerdo con ella.”¹⁰²⁹

Por eso Finnis insiste en que “los principios de la razonabilidad práctica y sus exigencias forman una unidad de investigación que puede subdividirse en ‘moral’, ‘política’, y ‘jurídica’ sólo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres.”¹⁰³⁰

La respuesta tiene que darse dentro de este presupuesto: que las normas “tienen fuerza obligatoria presuntiva (ante los ojos de la persona razonable que piensa sin limitaciones acerca de qué hacer) únicamente en razón de lo que es necesario si el bien común ha de ser asegurado y realizado.”¹⁰³¹

Por lo tanto, si las normas no tienden a la realización del bien común, conllevan injusticia. Y una norma injusta no genera *obligación* moral de ser cumplida. En palabras de Finnis: “... las disposiciones adoptadas a favor de la conveniencia partidista, o que exceden (sin justificación por emergencia) la autoridad jurídicamente delimitada, o que imponen cargas inequitativas sobre los súbditos, o que ordenan hacer cosas que nunca deben hacerse, sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto...”¹⁰³²

No obstante, la respuesta anterior debe matizarse: (i) no por el hecho de que la intención del legislador sea parcial, pero en sí misma la ley sea justa, debe uno desobedecerla; (ii) no por el hecho de que los motivos por los cuales se produjo una ley sean contrarios a la justicia, pero en sí misma la ley no es injusta, se tendría que desobedecer; y (iii) no por el hecho de que una ley sea injusta desde el punto de vista distributivo, tendría que desobedecerla aquel ciudadano o grupo de ciudadanos “que *no* se ven injustamente sobrecargados por ella.”¹⁰³³

¹⁰²⁹ *Ibidem*. Pág. 386.

¹⁰³⁰ *Ibidem*. Pág. 386.

¹⁰³¹ *Ibidem*. Pág. 387.

¹⁰³² *Ibidem*. Pág. 387.

¹⁰³³ *Ibidem*. Pág. 387.

Con estas precisiones “... mi respuesta a la pregunta en su tercer sentido corresponde a la posición clásica: *viz.* que para el fin de juzgar las propias obligaciones jurídicas en el sentido moral, uno está facultado para dejar de lado las leyes que son ‘injustas’... Tales leyes carecen de la autoridad moral que en otros casos les viene simplemente de su origen... De esta manera, entonces, *lex injusta non est lex* y *virtutem obligandi non habet*, sea o no ‘jurídicamente válida’ y ‘jurídicamente obligatoria’ en el sentido restringido de que (i) emana de una fuente jurídicamente autorizada, (ii) de hecho será impuesta por los tribunales y/o por otros funcionarios, y/o (iii) habitualmente se hable de ella como de una ley semejante a otras leyes.”¹⁰³⁴

3.5.17.2.4. Obligación de cumplir la ley derivada de fuente colateral

Sobre el cuarto sentido de la pregunta, Finnis se basa en la afirmación de Tomás de Aquino de que si bien es cierto que las leyes injustas no obligan en el foro de la conciencia, puede existir cierta obligación de observarlas para evitar el “*scandalum*” o la “*turbationem*”, lo que sólo ocasionaría un daño al bien común. Por lo tanto, afirma Finnis: ante la ley injusta existiría una obligación moral colateral de obedecerla.

“Así, si una disposición injusta es, de hecho, análoga a otras leyes por su fuente formal, por su recepción por los tribunales y funcionarios, y por su común aceptación, el buen ciudadano puede estar (si bien no siempre) bajo la exigencia moral de conformarse con esa disposición en la medida necesaria para evitar debilitar ‘el derecho’, el sistema jurídico (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo. El gobernante, con todo, tiene la responsabilidad de derogar, no de imponer, su ley injusta, y en ese sentido no tiene ningún derecho a que sea obedecida. Pero el ciudadano, o el funcionario, puede tener entretanto la obligación disminuida, colateral, y, en un sentido importante de la expresión, extra-jurídica, de obedecerla”.¹⁰³⁵

3.5.17.3. La ley injusta no es ley

La fórmula de San Agustín: “una ley que fuese injusta no parecería ser ley”¹⁰³⁶ es, por decir lo menos, un tanto simplista por falta de matiz y de diferenciaciones. El mismo Santo Tomás no negó que la ley injusta fuera ley. En todo caso es ley pero viciada por la “corrupción”¹⁰³⁷; o es ley pero no tanto, sino más bien un “acto violento”¹⁰³⁸; o es ley pero no en sentido pleno (*simpliciter*), sino sólo

¹⁰³⁴ *Ibidem*. Pág. 387-388.

¹⁰³⁵ *Ibidem*. Pág. 389.

¹⁰³⁶ *Ibidem*. Pág. 390.

¹⁰³⁷ “*Non lex sed legis corruptio*”. *Ibidem*. Pág. 390, al pie de página, citando a Santo Tomás.

¹⁰³⁸ “*magis sunt violentiae quam leges*”. *Ibidem*. Pág. 390, al pie de página, citando a Santo Tomás.

en cierto modo (*secundum quid*)¹⁰³⁹. Pero “añade de inmediato, {que la ley injusta} sí posee el carácter de ley en un aspecto importante: es el mandato de un superior a sus subordinados (y bajo este aspecto está pensado para hacer a los miembros de la comunidad ‘buenos’, mediante su obediencia al mandato –no [por supuesto] buenos *simpliciter*, sino buenos en relación con aquel régimen [tiránico, irrazonable].”¹⁰⁴⁰

“De este modo, Tomás de Aquino evita cuidadosamente decir de plano que ‘una ley injusta no es ley’.”¹⁰⁴¹

“La tradición central de pensamiento iusnaturalista en que se halla incorporada la doctrina de la ‘*lex injusta...*’ no ha elegido utilizar los eslóganes atribuidos a ella por los críticos modernos, por ejemplo que ‘*lo que es totalmente inmoral no puede ser ley*’, o que ‘*determinadas reglas no pueden ser ley debido a su iniquidad moral*’, o que ‘*estas cosas malas no son ley*’, o que ‘*nada inicuo puede tener en ninguna parte el estatus de ley*’, o que ‘*las exigencias moralmente inicuas... [no son] en ningún sentido ley*’, o que ‘*no puede haber una ley injusta*’. Por el contrario, la tradición, incluso en sus formulaciones más rudas, ha afirmado que LAS LEYES injustas no son ley. ¿No deja claro esta fórmula en sí misma, más allá de toda duda razonable, que la tradición no está incurriendo en ‘una negativa, hecha de una vez para siempre, a reconocer las leyes malas como válidas para cualquier propósito? Lejos de ‘negar validez jurídica a las reglas inicuas, la tradición otorga explícitamente (al hablar de ‘*leyes injustas*’) validez jurídica a las reglas inicuas, ya con el fundamento de y en el sentido de que estas reglas son aceptadas en los tribunales como orientaciones para la decisión judicial, ya con el fundamento de y en el sentido de que, a juicio del hablante, ellas satisfacen los criterios de validez establecidos por las reglas jurídicas constitucionales o de otro tipo, ya con estos dos fundamentos y en estos dos sentidos. La tradición llega incluso a decir que puede haber una obligación de conformarse a algunas de tales leyes injustas con el fin de apoyar el respeto hacia el sistema jurídico como un todo...”¹⁰⁴²

3.5.18. La Transcendencia

En el último capítulo de su libro, Finnis se pregunta: qué sucede si no existe una realidad que trascienda, dé sentido y explique cabalmente el por qué de nuestros actos, el por qué de la obediencia al derecho, el por qué de nuestro sacrificio para contribuir al bien común. Las formas básicas de bien pueden ser realizadas de manera limitada.

¹⁰³⁹ “*Lex tyrannica, cum not sit secundum rationem, non est simpliciter lex...*”. *Ibidem*. Pág. 390, al pie de página, citando a Santo Tomás.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 390.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*. Pág. 391.

¹⁰⁴² *Ibidem*. Pág. 391-392.

“Nuestra salud falla, nuestra reserva de conocimientos se desvanece de la memoria, nuestra práctica y apreciación del juego y del arte vacila y se acaba, nuestras amistades se terminan por la distancia, el tiempo, la muerte; y la muerte parece poner fin a nuestras oportunidades de autenticidad, integridad, razonabilidad práctica, si no lo han hecho ya la desesperación o la debilidad. Nos damos cuenta de la sucesión de personas humanas (y de sus comunidades), evidentemente separadas por el tiempo y la distancia más allá de todo contacto de unas con otras; y surge la pregunta de si acaso mi bien (y el bienestar de mis comunidades) tiene algún sentido ulterior, *i.e.* si acaso se relaciona con alguna más comprehensiva participación humana en el bien.”¹⁰⁴³

“De manera semejante, alguien que ve claramente sus responsabilidades para con su familia o su comunidad política, y que no duda de que ellas pueden razonablemente exigirle sacrificio personal, todavía puede inquirir razonablemente si acaso hay algún *sentido* ulterior, al que contribuyan tanto su razonable sacrificio personal como el resultante bienestar de su comunidad (que por su parte también se acabará tarde o temprano).”¹⁰⁴⁴

Algunos han tratado de dar una respuesta señalando que el sentido y el bien último están en el desarrollo de la historia: “En los tiempos modernos, las preguntas, en la forma en que se experimentan, crean un mercado fácil para las interpretaciones de la historia que permiten al que pregunta creer que él y su comunidad, raza, clase, o partido están contribuyendo a la consecución de algún nivel futuro hacia el cual la Historia, con su ayuda, progresará.”¹⁰⁴⁵

O también en la especie humana: Kant “no se apartará de su ‘suposición’ de que ‘la naturaleza no hace nada innecesariamente’ (no en el individuo, que es mortal, sino ‘en la especie, que es inmortal’).”¹⁰⁴⁶ O, como afirmaron los estoicos, “en la *ratio* (inteligencia/inteligibilidad) universal que informa la totalidad de la naturaleza (el universo o cosmos), y que, siendo una *ratio* gobernadora o directiva, debiera denominarse la ley de la naturaleza (*lex naturae*), que establece una justicia o rectitud universal (*ius naturale*)... Para los estoicos, la vida humana tiene su sentido, la elección su significación, la razón práctica su objetividad, exactamente en la medida en que se ajustan al vasto plan divino (*logos*) del cosmos, un aspecto del cual es la *cosmopolis* de dioses y de hombres en la armonía (*homologia*) de sus respectivas comunidades.”¹⁰⁴⁷

Antes de dar una respuesta propia, Finnis resume su teoría: “Mis explicaciones distinguían las inclinaciones respecto de los juicios de valor; y

¹⁰⁴³ *Ibidem*. Pág. 398.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 398-399.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 399.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 400.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 402.

distinguían el bien, considerado como un objetivo definido susceptible de ser alcanzado por medios definidos, respecto del valor, considerado como una forma de bien respecto de la cual uno puede estar comprometido pero que uno puede realizar o alcanzar solamente mediante una participación que nunca está acabada. Los valores básicos (tratados en el pensamiento práctico como principios) fueron identificados, y se vio que eran, en su contenido, paralelos a las inclinaciones, tendencias o impulsos básicos. De este modo se desarrolló una multifacética noción de lo que es la realización humana plena, entendiéndose tal realización plena como susceptible de ser realizada en una multitud de modos particulares, así como con diversos grados de plenitud. La amistad fue identificada como un aspecto de esta realización plena, y la comunidad como un ‘medio’ indispensable para la realización de la mayoría de los aspectos del bienestar humano. Se halló que paralelos al impulso de preguntar, y a rechazar lo ininteligible, existen el valor del conocimiento y la comprensión... y el valor de introducir (en parte mediante descubrimientos y en parte mediante compromisos y *determinations*) un orden inteligible en las propias acciones y en la propia interacción con otros seres inteligentes.

“El hecho de que los seres humanos tienen un cierto rango de impulsos, tendencias, o inclinaciones; y el hecho de que éstos tengan una cierta correspondencia, paralelismo, o ‘ajuste’ con los estados de cosas que cualquier persona inteligente consideraría que constituyen la plena realización humana; y el hecho de que sin una dirección razonable las inclinaciones provocarían la ruina individual y comunitaria (‘sanciones naturales’); y el hecho de que ciertos estados de cosas, leyes, condiciones o principios psicológicos, biológicos, climáticos, físicos, mecánicos y similares, afecten la realización del bienestar humano de maneras susceptibles de ser descubiertas –todos éstos son hechos de un orden, externo a nuestro propio entendimiento, que nuestro entendimiento sólo puede descubrir. Este orden es llamado a menudo el orden de la naturaleza. Pero junto con éste existen (i) el orden de los artefactos humanos (incluyendo el lenguaje, la tecnología, las formulaciones de leyes, y el diseño y las manifestaciones de instituciones empleadas para explotar la naturaleza en pro del bien humano real o supuesto); (ii) el orden de las actitudes, hábitos (‘segunda naturales’), compromisos y principios de acción, mediante los cuales los individuos dan forma a sus vidas e interacciones más o menos inteligentemente; y (iii) el orden de las operaciones del pensamiento en cuanto tal, el orden de la lógica, de las investigaciones críticas, análisis, y explicaciones.

“El hecho notable de que exista un orden de la naturaleza que, al igual que los órdenes de los artefactos, acciones y pensamientos humanos, pueda ser objeto de la comprensión humana, requiere alguna explicación.”¹⁰⁴⁸

El orden implica, por lo menos el postulado, de una inteligencia ordenadora. Sin embargo, no es concluyente, dado que existe también, y a veces frecuentemente, el desorden. “... así como hay un orden, también hay falta de orden en el mundo, en relación con todos los cuatro órdenes: los desechos en la naturaleza física, el error en

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 405-406.

los razonamientos, la decadencia en la cultura, la irrazonabilidad en las actitudes y acciones humanas...”¹⁰⁴⁹

3.5.18.1. *La existencia de la causa incausada*

Ahora bien, así como se da el orden de las cosas, también se da “su pura existencia.”¹⁰⁵⁰ un estado de cosas.

“Considérese, por ejemplo, este estado de cosas: alguien leyendo una frase en este libro... Un estado de cosas puede existir o no existir. Si se da, su existencia será el factor, distinto de *lo que* el estado de cosas es, que haga verdadera una proposición que refiere ese estado de cosas... Puesto que el estado de cosas que estamos considerando puede existir o no existir... es razonable preguntar por qué existirá si existirá... La historia, la investigación biográfica, las ciencias naturales... todas proceden planteando tales preguntas. ¿Qué condiciones o prerequisites tendrán... que cumplirse para que exista ese estado de cosas?”¹⁰⁵¹

Ese estado de cosas existente (alguien leyendo una frase en este libro) implica un sinfín de condiciones y requisitos previos y actuales, pertenecientes a otros muchos diversos estados de cosas: que exista un ser vivo, capaz de leer y entender, que haya luz suficiente, que se den los procesos biológicos necesarios para mantener la concentración mental... Y estos requisitos “existen sólo si se cumplen requisitos previos adicionales no incluidos en ellos mismos. El que todos estos requisitos previos y sus propios requisitos previos estén dispuestos (ya sea simultáneamente o en sucesión temporal o de las dos formas) de tal manera que proporcionen lo que es requerido para que exista el estado de cosas mencionado en primer lugar, es en sí mismo un estado de cosas. Este entero estado de cosas que es requisito previo (que puede o no extenderse hasta incluir el universo entero) puede decirse que causa el estado de cosas mencionado en primer lugar.”¹⁰⁵²

Por lo tanto, tendría que seguir la pregunta: ¿qué es lo que causa, a su vez, este estado de cosas que constituye la causa del primer estado de cosas? Finnis refiere que los racionalistas del siglo XVII y XVIII dieron una respuesta a esta cuestión. Leibniz adujo que las cosas existen porque existe una razón suficiente para su existencia para que sea así y no de otra manera. Y que este mundo existe así, porque Dios lo eligió, y si lo eligió, fue porque era el mejor entre otros posibles.

Leibniz está equivocado porque “no se puede dar ni se necesita buscar ninguna razón para explicar por qué dos individuos idénticos (e.g. dos alfileres o dos

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 406.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 407.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*. Pág. 408.

¹⁰⁵² *Ibidem*. Pág. 408-409.

átomos) son distintos y diferentes.”¹⁰⁵³ Esto es, no existe razón suficiente para explicar por qué una elección entre varias posibles, con el mismo rango de “valor”, tiene que determinar a la voluntad.

Más bien la respuesta debe buscarse, dice Finnis, en la lógica que lleva implícito el hecho de que es racional que si para contestar una pregunta con el postulado de la existencia indemostrable de un principio que tiene fuerza explicativa e inteligible, entonces deberíamos aceptar ese principio como existente.

En consecuencia, la respuesta a la pregunta “¿Por qué existe el estado de cosas evidente en primer término” se responde: porque es causado por un estado de cosas circundante y más global. Y la pregunta sobre la existencia de este estado de cosas circundante y más global, se responde “afirmando la existencia de uno o más estados de cosas, de los cuales podemos no tener ninguna experiencia, pero que si afirmamos su existencia originamos preguntas ulteriores, cuyas respuestas pueden responder más adecuadamente la pregunta de fondo que nos ocupa. Siendo esto así, es racionalmente necesario (no lógicamente) contemplar esta respuesta, y aceptarla salvo que haya razones para no hacerlo.”¹⁰⁵⁴

“El existir de ese estado de cosas... es explicado parcialmente por el estado de cosas causante ya postulado”¹⁰⁵⁵, que para existir supone un “estado de cosas” (condiciones, circunstancias, requisitos, tanto naturales como culturales o de acciones del ser humano) “causante” del primer “estado de cosas”. Ahora bien, para explicar razonablemente este último estado de cosas, si es que existe, tenemos que suponer otro estado de cosas que lo cause y así hasta postular una última causa, no causada: “... la única explicación disponible para el entero estado de cosas causante es ésta: que hay algún estado de cosas que causa el entero conjunto de requisitos previos o condiciones causante del estado de cosas mencionado en primer lugar, pero que él mismo no está incluido en ese conjunto de condiciones causante precisamente porque, a diferencia de todos los miembros de ese conjunto, su existir no requiere que se cumpla una condición como requisito previo (no incluida en él mismo). Este estado de cosas recién postulado puede ser llamado y debe serlo, dado el sentido que le estamos dando a “causar”) un causar incausado.”¹⁰⁵⁶ A este causar incausado, Finnis, lo designa, para efectos simplemente de identificación, con la letra “D”.

Y en tal sentido, lo que distingue a este “causar incausado” de los demás “estados de cosas”, es que no necesita de nada para existir que no sea o esté en sí mismo. “En lo que el causar incausado debe diferir, si ha de explicar lo que necesita

¹⁰⁵³ *Ibidem*. Pág. 409.

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 410.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 410.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 411.

ser explicado, es en esto: que para existir, no requiere de nada no incluido en sí mismo”¹⁰⁵⁷ En consecuencia, se debe concluir, de acuerdo a Finnis, que necesariamente el “estado de cosas incausado” existe. Porque si un “estado de cosas” que puede no existir, existe, es imprescindible deducir la existencia del estado de cosas causante de la existencia del primer estado de cosas. Y “la explicación de su existencia puede ser solamente ésta: que el estado de cosas causante incausado incluye, como un requisito previo a su existencia, un estado de cosas que existe por *lo que es*, *i.e.* porque él es lo que es... En el caso de todos los estados de cosas a excepción de D, podemos describir el estado de cosas, decir *lo que es*, (*i.e.* sin saber si acaso es un estado de cosas existente). Pero, sobre D el argumento nos exige decir que *lo que* él es, es todo lo que él requiere para existir. Así, aunque el argumento no nos proporciona ninguna descripción adicional de este estado de cosas, de lo que es, aparte de esa, el argumento nos exige no obstante decir que sabemos *que* D existe. Porque lo que el entero argumento muestra, con necesidad racional (no lógica), es que si *cualquier* estado de cosas, que podría no existir, existe, entonces D *tiene que* existir; sin eso, ningún estado de cosas que podría no existir podría existir.”¹⁰⁵⁸

3.5.18.2. La naturaleza de la causa incausada

¿Pero se puede decir algo adicional sobre D? Que existe, es algo sin lo cual no podríamos explicar los estados de cosas que existen. ¿Pero qué naturaleza tiene este causar incausado? A partir de “*un modelo análogo hipotético de la naturaleza y causalidad de D*”,¹⁰⁵⁹ Finnis “especula” que el causar incausado, al causar un “estado de cosas” determinado y no otro posible, actúa de modo semejante al hombre inteligente que elige entre varias posibilidades.

“... es filosóficamente posible especular en el sentido de que el causar por D de todos los estados de cosas causados, siendo un causar incausado que determina (o elige) una entre varias posibilidades contingentes, es bajo determinados aspectos análogo a las elecciones libres de las personas humanas... Si acaso hay una analogía tal, entonces, la causalidad incausada de D puede ser descrita como un *acto*, y puede ser pensada como presuponiendo algo semejante a nuestro *conocimiento* de las posibilidades alternativas susceptibles de ser hechas realidad mediante la elección y la creación. Nosotros sólo actuamos libremente cuando conocemos cuáles son las posibilidades, y cuando sabemos lo que estamos haciendo.”¹⁰⁶⁰

En consecuencia, si el “estado de cosas” causado es de tal forma, es por la intención realizada de D, ya que, del actuar humano, que es siempre intencional,

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 411.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 411-412.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 421.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*. Pág. 413-414.

tenemos que concluir, analógicamente, que el actuar de D también lo es. Por lo tanto, el orden del “estado de cosas” causado está sometido a esa intención inteligente de D.

“La especulación agustiniana y tomista sobre la Ley Eterna es un desarrollo de la analogía en este aspecto: lo que nosotros hacemos es guiado, informado, dirigido, por el plan formalmente (y a menudo cronológicamente) anterior que tenemos en mente; si estamos tratando de conseguir que los miembros de una comunidad actúen ellos mismos de la manera que nosotros tenemos en mente que ellos actúen, nuestro plan de acción puede ser presentado como una ley de sus acciones.”¹⁰⁶¹

3.5.18.3. La ley eterna

La ley eterna no es otra cosa que la disposición inteligente de “D” sobre el estado de cosas que designamos con el término de “universo”.

“De este modo la teoría de la Ley Eterna propone que las leyes, exigencias, normas y principios de los cuatro órdenes sean considerados como verdaderos para sus órdenes respectivos precisamente porque expresan aspectos, inteligibles para nosotros, de la intención creadora que guía el causar por D de la ‘comunidad’ categorialmente abigarrada de todos los entes y de todos los estados de cosas en todos los órdenes.”¹⁰⁶²

Finnis advierte de cinco riesgos en la concepción de la ley eterna:

1. Que se le trate como una teoría en base a la cual se pueden comprobar o desechar hipótesis. “No debe ser tratada como una teoría que podría orientar la investigación y la verificación de presuntas normas en cualquiera de los cuatro órdenes; más bien es una especulación sobre por qué son verdaderas esas normas cuya verdad ha sido adecuadamente verificada o establecida.”¹⁰⁶³
2. Que se imagine el plan creador de D “según algún modelo particular de ‘ley’ o de ‘norma’ tomado de alguno de los cuatro órdenes... Así como es un error confundir las leyes de los sistemas jurídicos humanos con las leyes de la naturaleza tales como las leyes clásicas y estadísticas de la física, así también es un error suponer que la Ley Eterna podría ser descrita según el modelo de las normas cualquiera de los cuatro órdenes.”¹⁰⁶⁴
3. Que se malentienda el concepto de “eterna”. “Decir que D es eterno, y llamar eterno al acto y a la intención de D (o a sus actos e intenciones), es

¹⁰⁶¹ *Ibidem*. Pág. 414.

¹⁰⁶² *Ibidem*. Pág. 414.

¹⁰⁶³ *Ibidem*. Pág. 414.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 414.

simplemente una forma de indicar que D (y cualquier cosa que pueda predicarse de D) no se desarrolla ni decae, que D está fuera del campo de aplicación de los conceptos de cambio y de inmutabilidad, y por ende del tiempo.”¹⁰⁶⁵

4. Que se considere que el plan creador de D es plenamente comprendido por el hombre. “Todo lo que nosotros sabemos sobre D es que D tiene lo que se requiere para hacer realidad que todo estado de cosas que existe, exista. Pero qué estado de cosas existen de hecho de ninguna manera es explicado plenamente por las leyes y normas de las ciencias naturales, o del razonamiento, o de las artes humanas, o de la razonabilidad práctica y de la plena realización humana. Muchas cosas son casuales, ‘fortuitas’. No obstante, todo estado de cosas, no importa cuán ‘fortuito’, requiere la causalidad creadora de D si ha de existir.”¹⁰⁶⁶
5. Que se considere que como existe el mal, el plan creador de D es imperfecto. “... El mal, hablando estrictamente, es un defecto, una carencia, la no-existencia de lo que debe (en términos de las normas del orden relevante) haber existido pero de hecho no existe. El mal es real, ciertamente, pero no es algo que existe en sí mismo. Por lo tanto no es causado por D. Pero D sí causa todos los estados de cosas que implican el mal; en este sentido D es responsable del mal. ¿Se sigue de esto que la causalidad creadora de D es de alguna manera defectuosa? No se sigue; pues nosotros sólo podríamos juzgar que la causalidad de D es mala o imperfecta o defectuosa si supiéramos cuáles son las normas aplicables a la causalidad creadora.”¹⁰⁶⁷

3.5.18.4. La revelación

Pero entonces, ¿qué más podemos decir de D aparte de que existe? “En la medida en que la especulación sugiere que D *actúa* y *conoce*, sugiere que el existir de D es concebible según el modelo de la *vida personal*”.¹⁰⁶⁸ Por lo tanto, si D es persona, se podría deducir que tiene una forma de comunicación para decir cómo es él. Y este hecho histórico es la revelación.

Con lo anterior debe evitarse el inmanentismo de la ley natural que surge a raíz de “las distinciones trazadas más tarde por los teólogos cristianos entre la ley natural y la ley divina, y entre la razón natural y la revelación”.¹⁰⁶⁹ Inmanentismo que implica que “la ley natural” o la ‘razón (razonabilidad) natural’ se refieren a propiedades de un mundo puramente inmanente (‘naturaleza’) o a una inteligencia

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*. Pág. 415.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*. Pág. 415.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 415-416.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 416.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 418.

que no tiene conocimiento de, o interés por, la existencia de ninguna causa incausada trascendente (‘sobrenatural’),”¹⁰⁷⁰

Considerando los alcances que Platón y Aristóteles tuvieron de la causa incausada, Finnis está convencido y afirma que sin la revelación no puede lograrse, filosóficamente, un conocimiento de que D es persona. “Sin alguna revelación más reveladora que cualquiera que Platón o Aristóteles puedan haber experimentado, es imposible tener la suficiente seguridad de que la causa incausada de todas las cosas buenas de este mundo (incluyendo nuestra habilidad para comprenderlas) es ella misma un bien que uno podría amar, personal de una forma que uno podría imitar, una guía que uno debería seguir, o un garante de la razonabilidad práctica de cada uno”.¹⁰⁷¹

3.5.18.5. *La Ley Natural*

Tomás de Aquino define la ley natural como “*la participación de la Ley Eterna en las creaturas racionales*”.¹⁰⁷² Y Finnis señala que por “participación”, Tomás de Aquino entiende dos cosas: causalidad y semejanza. “Para Tomás de Aquino, la palabra *participatio* significa principalmente dos conceptos unidos, causalidad y semejanza (o imitación). Una cualidad que un ente o estado de cosas posee o incluye es participada, en el sentido de Tomás de Aquino, si esa cualidad es *causada por* una cualidad *semejante* que algún otro ente o estado de cosas posee o incluye de una forma más intrínseca o menos dependiente.”¹⁰⁷³

La Inteligencia perfecta, distinta y separada de la inteligencia humana, es la causa formal de nuestra inteligencia. Y “posee el poder de entender sin imperfección, y [que] causa en nosotros nuestro propio poder de comprensión, la actualización de nuestras propias inteligencias individuales –algo así como una fuente de luz actualiza en nosotros nuestra capacidad de ver.”¹⁰⁷⁴

El hombre capta la ley natural en base a su inteligencia. No hay, en realidad, ningún elemento extraordinario. Su propia actividad intelectual le lleva a ello.

Hay algunas puntualizaciones que Tomás de Aquino subraya: “... una distinción neta... entre la naturaleza inteligente de los seres humanos, y la naturaleza inteligible pero no inteligente de los animales, los vegetales, y el resto de la ‘naturaleza’. Estos últimos participan en la Ley Eterna ‘de alguna manera’, puesto

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 418.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*. Pág. 422.

¹⁰⁷² *Ibidem*. Pág. 422.

¹⁰⁷³ *Ibidem*. Pág. 423.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 423-424.

que ésa es la fuente última de todas sus tendencias (*inclinationes*) (las cuales poseen y siguen pautas inteligibles). Los seres humanos, en cambio, disponen respecto de sí mismos (y de otros); de modo que podemos decir que el hombre está no solamente sujeto a la providencia de Dios, sino que es realmente partícipe (*particeps*) de ella. En síntesis, los animales (y el resto de la ‘creación inferior’) *no* están sujetos a la ley natural. Y su naturaleza no es una base para inferencias sobre los principios de la razonabilidad humana.

“En seguida, Tomás de Aquino especifica la forma básica en que la razón eterna es participada en nosotros: a través de nuestra ‘inclinación natural hacia el acto debido [*debitum*] y el fin debido.’”¹⁰⁷⁵ Una de nuestras inclinaciones naturales es la inclinación a actuar de acuerdo a la razón. Y este actuar de acuerdo a la razón es en función de nuestro último fin: la *beatitudo*. Y ésta sólo se alcanzará plenamente cuando contemplemos de forma imperecedera a la Inteligencia perfecta.

Estas inclinaciones son independientes y anteriores a cualquier control racional y “subyacen a todo nuestro esfuerzo, incluido nuestro esfuerzo por hacer que nuestros esfuerzos sean inteligentes y razonables.”¹⁰⁷⁶

“Tomás de Aquino formula uno de los principios teóricos fundamentales de su explicación sobre el *contenido* de la ley natural: ‘todas aquellas cosas hacia las que el hombre tiene una inclinación natural, la propia razón las comprende naturalmente como buenas (y por ende que ‘han de ser buscadas’) y sus contrarias como malas (y que ‘han de ser evitadas’)”¹⁰⁷⁷.

Es decir, de manera “natural” el hombre capta y es inclinado a realizar lo que es conforme a su naturaleza, esto es, lo que es racional. “... nuestro poder de comprensión. Porque, mediante este poder, nosotros captamos las formas básicas de bien (y por ende los principios básicos de la ley natural); los datos para este acto de comprensión incluyen los deseos e inclinaciones que nosotros experimentamos, pero como toda comprensión, este acto de comprensión va más allá de los datos tal como son experimentados, hasta los conceptos accesibles o al alcance no de la experiencia sino solamente del entendimiento.”¹⁰⁷⁸

3.5.18.6. *El fundamento trascendente*

Finnis señala tajantemente: “Yo no he presentado la ley natural o los principios de la razonabilidad práctica como expresiones de la voluntad de Dios.”¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*. Pág. 424-425.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*. Pág. 426.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*. Pág. 427.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 426.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 427.

Al final de cuentas, seguiría abierta la pregunta: ¿por qué obedecer la voluntad de Dios? No por el hecho de que sea el último ente en una cadena ascendente, se tendría que cerrar la cuestión sobre el fundamento de la obligación.

Como ya se dijo antes, si Dios es la causa incausada, es la explicación de todo lo que existe y de nuestras propias intenciones. Sin embargo, esta deducción lógica y razonable no puede sustentar la inquietud de por qué el sacrificio en la obligación. Es decir, la búsqueda de "... una explicación más profunda de la obligación; la razonabilidad del sacrificio propio en la amistad humana; la relevancia de nuestro puesto limitado en la historia humana y en el universo; el sentido de vivir de acuerdo con los principios y exigencias de la razonabilidad práctica."¹⁰⁸⁰

Pero también, como se ha dicho, la razón no puede señalar cómo es Dios. Y mucho menos "conocer lo que Dios quiere en determinado contexto humano, y que esa voluntad debería ser obedecida".¹⁰⁸¹

Lo más que se puede decir, filosóficamente hablando, esto es, sin tomar en cuenta ninguna revelación, es "especulando, que la causa incausada existe como algo semejante al modo de ser de la vida personal, y que su causalidad guarda cierta analogía con respecto a la intencionalidad y la autodeterminación inteligentes de la decisión humana creativa. Un modelo así para pensar acerca de la causa incausada permite la especulación ulterior de que la causa incausada podría de alguna manera revelarse al entendimiento humano, por medio de un acto de comunicación inteligible. Esta especulación ulterior permite a su vez al pensador que así especula abrigar la esperanza de que la causa incausada podría reflejarse como susceptible de ser amada..."¹⁰⁸²

Si estas especulaciones pudieran confirmarse, "... se tornaría posible una explicación más básica de la obligación. Porque si se revelara que la causa incausada favorece el bienestar de todo hombre, por ninguna otra razón que su (de D, de Dios) propia bondad (en un sentido de bondad que va más allá, ahora, de la perfección de ser todo lo que se requiere para hacer que existan todos los estados de cosas), el bien común podría ser perseguido por nosotros por una nueva razón, *viz.* por amor o amistad para con el ser personal ('Dios') que no solamente hace posible todo el bienestar de las personas que puede haber y realmente hay, sino que también favorece positivamente (aunque de formas a menudo ininteligibles para nosotros) ese bien común."¹⁰⁸³

¹⁰⁸⁰ *Ibidem.* Pág. 429.

¹⁰⁸¹ *Ibidem.* Pág. 428.

¹⁰⁸² *Ibidem.* Pág. 429.

¹⁰⁸³ *Ibidem.* Pág. 429-430.

Esto es, podríamos fundamentar la obligación de obedecer, no en la voluntad de Dios, sino en el amor o amistad para con ese ser personal: Dios. Y no sólo la obligación de obedecer, sino todas nuestras acciones adquirirían un sentido pleno. “Esto no implicaría que nosotros ya no favoreceríamos el bien común por sí mismo, ni tampoco que no amaríamos ya a nuestros propios amigos por sí mismos. Más bien, querría decir que ese ‘por sí mismos’ adquiriría un significado con una dimensión ulterior (y explicativa)”.¹⁰⁸⁴

Hasta antes de las consideraciones sobre la trascendencia, Finnis fundamentaba la obligación en la necesidad de realizar el bien común. Pero “¿en qué sentido hemos de considerar que es necesario favorecer el bien común, el cual, después de todo, terminará, tarde o temprano, con la muerte de todas las personas y con la disolución de todas las comunidades?”¹⁰⁸⁵

Si es verdad que D es persona y que podemos entablar una amistad con él, entonces por esa amistad, que no es medio para ningún fin, sino que es simplemente la amistad por la amistad, cumpliríamos de buen agrado cualquier obligación. El amor nos lleva a querer lo que el amado quiere, no como medio para, sino como expresión y realización del mismo amor. Por lo que, Finnis afirma, enfáticamente, que la obligación no es lo primordial en la moral, sino el amor.

“... El cristianismo no ha ofrecido, ni tampoco la filosofía ha proporcionado, ninguna razón para dudar del mensaje más fundamental de Platón, que la obligación, aunque ciertamente real... no es la categoría definitivamente autoritativa o estructural del pensamiento ‘moral’. Las exigencias de la razonabilidad práctica (que generan nuestras obligaciones) tienen un ‘sentido’ más allá de sí mismas. Este sentido es el *juego* de cooperar con Dios. Tratándose de un *juego*, esta cooperación no tiene un sentido más allá de sí misma, a menos que queramos decir que Dios es ese ‘sentido’ ulterior. Por analogía con la amistad humana, podríamos decir eso, pero sólo en un sentido especial, restringido. Porque si dijésemos simplemente que nosotros actuamos por el bien de Dios, sugeriríamos que Dios de alguna manera nos necesita, necesita la creación, él éxito de la creación, el logro del propósito creador. Pero D no necesita ni carece de nada. ¿Y acaso ha sido Dios revelado como necesitado o carente de algo? Así que si preguntamos por qué crea Dios, no hay ninguna respuesta disponible fuera de la dada implícitamente por Platón: el juego –una expresión libre pero ordenada de vida y actividad, llena de sentido pero sin un fin ulterior.”¹⁰⁸⁶

3.6. CONSIDERACIÓN PERSONAL

El resumen de *Natural Law Natural Rights* que precede muestra:

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*. Pág. 430.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 430.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*. Pág. *Ibidem*. Pág. 432-433.

1. Que las ideas de Finnis, por su precisión, requieren ser estudiadas y analizadas como temas completos, cada una de ellas;
2. Que el grado de afinación que tienen dichas ideas obliga a captar el matiz que las diferencia de otras, de distinto origen pero muchas veces dentro de la misma visión intelectual;
3. Que el matiz diferenciador de esas ideas es de tal calibre que puede ser trascendental para concluir de una forma nueva un razonamiento tradicional;
4. Que el análisis diseccionador de Finnis es tal que permite detectar el punto en el que se aparta una teoría de la lógica que debería seguir;
5. Que algunos de sus razonamientos son de una sutileza minuciosa que bordan con la frontera de lo inentendible; y
6. Que la exposición finnisiana abre caminos de estudio para conocer y dialogar con una infinidad de pensadores actuales y no tanto que bien puede recibir el calificativo de erudita y especializada.

El hecho de tener una visión de la teoría finnisiana, quizás no todo lo perfecta, completa y acabada en sus finuras que se debiera, es un estímulo y un reto para rumiarla y también gozarla en otras ocasiones. Y, con ello, emprender, a la vez, vías de interlocución con cuantos teóricos se han ocupado del derecho, sin dejar tampoco fuera de foco a los profesionales del derecho y a toda la gente que de manera espontánea siente la necesidad de que el derecho le proporcione la justicia que le corresponde.

Capítulo 4.

INTERPRETACIONES FAVORABLES Y DESFAVORABLES DE LA TEORÍA FINNISIANA

4.1. PROPÓSITO DEL CAPÍTULO

La teoría finnisiana ha sido objeto de estudio y, con él, de expresiones y opiniones positivas; pero también de críticas. No ha sido una teoría que no haya merecido la atención de los filósofos del derecho, de los moralistas y, sin duda, también de los practicantes del derecho. Porque, ciertamente, la teoría expuesta por Finnis no sólo es académica, sino que tiene repercusiones directas en la creación de leyes y en la aplicación de éstas. Y, por supuesto, se proyecta a la actitud con que cada individuo en la sociedad afronta la cuestión de la justicia y de lo que debe ser hecho o evitado para lograr el bien común.

Lo que me prepongo ahora es exponer algunas de estas opiniones, tanto a favor como en contra. Autores que comulgan con los postulados de Finnis sobre la ley natural; y teóricos del derecho que disienten y consideran que no existe en realidad ninguna novedad en la exposición finnisiana, y que las mismas objeciones que se hicieron en el pasado a la teoría iusnaturalista son las que pueden hacerse a la teoría de Finnis.

Con esta exposición pretendo, antes de exponer mi propia opinión y antes también de sacar conclusiones, tener una perspectiva más amplia y sopesar los diversos puntos de vista de quienes se han ocupado del tema. Las críticas de los detractores, y los argumentos de los defensores de Finnis serán elementos importantes a la hora de hacer un juicio sobre el “neoiusnaturalismo” expuesto en *Natural Law Natural Rights*.

4.2. LA TEORÍA FINNISIANA EN BREVE

Es importante tener en mente, al leer lo que se ha dicho de la teoría finnisiana, lo que ésta es. Creo que un resumen de ella puede ser lo dicho por Stephen Guest: “The essential claim that Finnis makes about the law is that it is a social institution whose purpose is to regulate the affairs of people and thus contribute to the creation of a community in which all people can flourish, i.e. a community in which everyone can realize the seven different basic values. In this way, the law is a moral project. Therefore, in order to rightly describe the law, one must take the position of a person who examines the law with this person in mind (i.e. the practically reasonable person who grasps the seven basic values and the law’s purpose in helping people to realize them)... Finnis’s natural law theory is

based on the direct appreciation of self-evidently valuable basic goods – the purpose of law is to provide conditions in which these goods can be realized.”¹⁰⁸⁷

La nueva teoría de la ley natural de Finnis es la teoría clásica de la ley natural tomista, ‘recargada’ con la presentación y el rigor de quien conoce las críticas mordaces al iusnaturalismo, y tiene las herramientas intelectuales para desmontarlas y hacer ver las incoherencias que implican. Lo que no significa que Finnis se margine a campos ajenos a la positividad del derecho, ni que reste valor a éste. Al contrario, el derecho positivo tiene en Finnis a uno de sus mejores apologistas.

4.3.. AUTORES QUE DEFIENDEN LA TEORÍA FINNISIANA

4.3.1. Santiago Legarre

Santiago Legarre es profesor en la Universidad Católica Argentina, con doctorado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Master of Studies in Legal Research por la Universidad de Oxford. Discípulo de Finnis en Oxford, y amigo de él hasta la fecha. Desarrolló el tema “John Finnis”, para la Enciclopedia Filosófica Bompiani, editada en Milán, Italia. Y entre su obra escrita destaca el libro “La lucha por el derecho natural”, en colaboración con Alejandro Miranda y Cristóbal Orrego, editado por la Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2006, con prólogo de John Finnis.

4.3.1.1. Exposición

Legarre señala que el objeto de estudio tomado por Finnis es la ley. La ley es el caso central, el analogado principal, el derecho *simpliciter*. Así Legarre expone que “Finnis se suma a la conclusión de Hart y Raz de que la realidad central *sub examine* está constituida por reglas y por instituciones encaminadas a brindar vigencia y eficacia a esas reglas. Jueces y abogados, los principales protagonistas de esa práctica social convencionalmente denominada ‘derecho’, usan este término para referirse a dichas reglas e instituciones, que tienen una realidad significativamente distinta de otras prácticas como la moral, para la que reservan –no casualmente- una denominación diversa. Es por ello que puede calificarse a la teoría de Finnis de ‘positivista’. Es una teoría cuyo contenido no consiste en una virtud –la justicia, y su objeto, el derecho, sino principalmente la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas. El caso central del objeto de la ciencia jurídica lo constituyen, entonces, las normas (y las instituciones que permiten su implementación y aplicación). Es, la de Finnis, una teoría normativista o legalista. Y dado que es común identificar al positivismo con este rasgo que acabamos de

¹⁰⁸⁷ GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. University of London External Programme, 2004. Pág. 71 y 72. http://sjmse-library.sch.ng/E-Books%20Phil/juris_chs1to4.pdf (16-septiembre-2015).

señalar, de centrar el análisis jurídico en las normas, parece apropiado el mote de ‘positivista’ para esta teoría”.¹⁰⁸⁸

Por lo tanto, el derecho natural no es derecho en sentido pleno, sino sólo en sentido analogado. “...para un hombre de leyes, el derecho natural es derecho sólo por analogía.”¹⁰⁸⁹ Es distinto al derecho positivo. “*El derecho natural es la moral*. Su normatividad es, en parte, diferente de la jurídica. Las normas del derecho natural no son artefactos humanos; su forma obligatoria es independiente de su positivación por parte del hombre. Es éste otro importante rasgo que distingue a la teoría finnisiana de otras versiones más difundidas del ius-naturalismo. Por un lado, estas últimas sostienen que el derecho natural es derecho, propiamente hablando. El orden jurídico se compone de normas de derecho natural y de derecho positivo”.¹⁰⁹⁰

Legarre señala que Michel Villey criticó a Finnis por el hecho de que siguiera la tradición inglesa de confundir “ley” y “derecho”. Para Villey y otros iusnaturalistas, la ley es una instrucción de conducta; en cambio, el derecho es lo justo. Finnis “piensa que si bien derecho y ley no son lo mismo en la terminología tomista, sí son conceptos íntimamente relacionados cuya diferenciación no autoriza a sacar conclusiones mayormente relevantes y, menos aún, como lo pretende Villey, a trazar una valla entre derecho y ley, y entre derecho natural y ley natural... desde el punto de vista que ha escogido –el de jueces y abogados-, derecho son principalmente *las leyes*. Desde ese punto de vista, la virtud de la justicia, incluido su objeto (el *ius*), si bien, como veremos, tiene una relevancia significativa, la tiene en relación con el sistema normativo”.¹⁰⁹¹

No obstante ello, Legarre confirma que Finnis acepta la interacción que existe entre el derecho natural y el derecho positivo. Siguiendo a Tomás de Aquino, señala que Finnis desarrolla los dos modos o vías de derivación de la ley positiva de la ley natural: por vía de conclusión y de determinación. Sin embargo “el ‘derecho’ natural sólo se convierte en *derecho* en la medida en que una fuente social lo incorpora y constituye en regla autoritativa de relaciones sociales. Con otras palabras, desde que un acto de autoridad lo *pone* como fuente del derecho vigente”.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁸ LEGARRE, Santiago: *El Concepto de Derecho en John Finnis*, en la Revista de la Universidad de Navarra (España) www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1SNNT_enMX389&ion=1&espy=&ie=UTF-8#q=el%20concepto%20de%20derecho. (060715) Pág. 72-73

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*. Pág. 86.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 74.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*. Pág. 77.

¹⁰⁹² *Ibidem*. Pág. 78.

En función de la analogía, Finnis establece que la *lex iniusta* es también ley pero en sentido impropio. “Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (*secundum quid*) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra Finnis. Por ese motivo, para Finnis, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación ésta que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius-positivismo, en su aceptación de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, no señaló con claridad que este último es un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo. La inequívoca participación de la moral en el concepto clásico de ley, asentada en la referencia al bien común y a la justicia, permite resaltar la ubicación que a los casos periféricos, como el derecho injusto, les debe corresponder en la teoría jurídica”.¹⁰⁹³

Pero ¿cómo explicar y fundar que objetivamente el analogado principal es la ley, y no lo justo como lo ha defendido el iusnaturalismo clásico? Para Finnis lo que define a la ley como analogado *simpliciter* es el punto de vista interno. ¿Qué es el “punto de vista interno”? “...el punto de vista de quien usa las reglas como standards para medir su propia conducta y la ajena.”¹⁰⁹⁴ Es, en otras palabras, la conciencia o la convicción personal de que la propia conducta, y la de los demás, está sujeta a normas. La de Finnis, “es una teoría cuyo contenido no consiste en una virtud -la justicia, y su objeto, el derecho-, sino principalmente en la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas”.¹⁰⁹⁵

Finnis señala el caso central, analogado principal, desde el punto de vista no sólo interno, en el sentido antes indicado, sino desde el punto de vista de los practicantes del derecho: los jueces y abogados, para quienes “derecho son principalmente *las leyes*”¹⁰⁹⁶. El ejercicio de su profesión les confiere una neta distinción con aquellos que están centrados en la realización de la justicia. “...el abogado no es un moralista. Los problemas morales con los que ha de lidiar son, fundamentalmente, problemas legales. Sus consejos son tales o cuales, a la luz de la ley positiva. No son respuestas a la pregunta más amplia sobre si tal cosa está bien o mal, sino si se ajusta o no a derecho. De lo contrario, su actividad encuadraría en otro rubro profesional.”¹⁰⁹⁷

Ahora bien, partiendo del acuerdo de que el caso central, el objeto del derecho, son las leyes, y las leyes positivas, en lo cual hay coincidencia con Hart y Raz, hace falta determinar el caso central dentro de las leyes positivas. Es decir, es

¹⁰⁹³ *Ibidem*. Pág. 69-70.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*. Pág. 72.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*. Pág. 73.

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*. Pág. 78.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*. Pág. 78.

necesario determinar el caso central del caso *secundum quid*. Y en esta determinación entra de nueva cuenta, tanto el instrumento de la analogía como el punto de vista interno. Si bien es verdad que, desde el punto de vista interno, nuestra conducta está normada por las leyes a fin de lograr la paz social, también es verdad que no podemos aceptar que éstas sean cumplidas por temor a la pena, por la vergüenza social que produciría la violación a las mismas, o simplemente por costumbre.

Entre las razones o motivos para cumplir las leyes, es necesario encontrar al analogado principal: el caso central. Esto es, el motivo o razón que llene plenamente la razón de ser del cumplimiento de las normas.

“No es científicamente correcto poner en un pie de igualdad a todos los tipos posibles de obligación legal. Tampoco sería razonable asignar prioridad al punto de vista estadísticamente prevaleciente. De lo contrario la ciencia social se convertiría en un recuento de las preferencias de la gente, cualesquiera fueran éstas.”¹⁰⁹⁸

El caso *simpliciter* del punto de vista interno de la ley es la ley cuyo cumplimiento se lleva a cabo por la convicción de que es lo que se debe hacer, pero no por razón del temor a la pena, ni por el qué dirán social, ni por la costumbre, sino porque es lo justo.

“¿Cuál debe ser, luego, el caso central del punto de vista práctico, que debería adoptar el jurista para elegir cuál sea a su vez el caso central del derecho y cuáles las demás instancias –licuadas de esta institución social? Entre todas las actitudes posibles, debe elegir aquélla que trata al derecho como una institución merecedora de respeto y obediencia, como una exigencia razonable de la felicidad y la paz sociales. Es el punto de vista moral o, como prefiere llamarlo Finnis para evitar equívocos, el punto de vista de la razonabilidad práctica. Es decir, el de quien –ciudadano o juez– ve en las leyes requerimientos de la razón práctica misma; el de quien asigna a la obligación legal un rango moral, –al menos presuntivamente– pues la afirmación de que una ley en particular obliga moralmente admite prueba en contrario. Esa persona, que constituye el standard adecuado para el científico, se identifica con el hombre virtuoso al que Aristóteles denomina *spoudaios*. Él está en condiciones de saber cuándo una regla merece crédito moral como un medio para favorecer la consecución del bien de la sociedad y cuándo, en cambio, la presunción de obligatoriedad moral debe ceder, pues nos encontramos frente a una ley injusta. Quien mejor advierte la injusticia, en sus diversas manifestaciones, es el amante y conocedor de la justicia”.¹⁰⁹⁹

No se puede, pues, simplemente señalar que las leyes son obedecidas por temor al castigo, o por costumbre, o por conveniencia social, o por estadística. El

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*. Pág. 80.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 81.

caso central lo debe constituir la ley que determina la obligación de observarla por un motivo moral, o, como Finnis lo llama: por motivo de la razonabilidad práctica.

“El caso central del derecho es la ley que *realmente* promueve el bien común, es decir, la ley justa; no cualquier ley”¹¹⁰⁰. En este sentido, Finnis es un iusnaturalista que no acepta ni el relativismo moral ni el escepticismo gnoseológico.¹¹⁰¹

Para Finnis, “el fundamento último del derecho positivo se halla en Dios, a cuyo conocimiento se puede acceder por la razón...”¹¹⁰²

En resumen, la teoría de Finnis (“...esto es lo que podríamos llamar la teoría jurídica ius-naturalista.”¹¹⁰³), a diferencia de la Teoría pura del derecho, considera a la justicia como esencial; pero a diferencia también de ciertas teorías iusnaturalistas desecha la idea de que hay una completa separación entre justicia y ley. Javier Hervada “se resiste a considerar que las normas sean la realidad jurídica principal.”¹¹⁰⁴

Desde el “iusnaturalismo” finnisiano se pueden interpelar los temas y principios de la ley natural, que no es otra cosa que la moral. “Prueba de lo dicho es el hecho de que en su libro *Natural Law and Natural Rights*, un verdadero tratado de la ley natural -como vimos, Finnis no tendría reparo en decir “tratado del derecho natural”-, el tema del derecho -nuevamente, Finnis no se opondría a decir “el tema de la ley” - ocupa tan solamente un par de capítulos sobre el final. En las más de 250 páginas anteriores, se ocupa de los tópicos de la moral, tanto individual como social. Todo junto es su ius-naturalismo, su filosofía práctica. Por ello, ser ius-naturalista en ese contexto, significa más -mucho más que rechazar formas extremas de positivismo legal, abrazar las conclusiones de la razón natural sobre temas como la inmoralidad de la mentira o la obligación de amar al prójimo”.¹¹⁰⁵

En diverso artículo, recogido de la ponencia en las “Jornadas Internacionales en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de *Natural Law and Natural Rights*”, Universidad Austral, Buenos Aires, 9-10 de junio de 2005, Legarre se refiere a “reprensión” que Michel Villey le hizo a Finnis en los años setentas. Finnis

¹¹⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 81.

¹¹⁰¹ *Ibidem*. Pág. 81.

¹¹⁰² *Ibidem*. Pág. 86.

¹¹⁰³ *Ibidem*. Pág. 82.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 84.

¹¹⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 82.

sostiene, contrario a lo que piensa Villey, que no existe distinción conceptual entre “ley” y “derecho”; “lex” y “ius”; “law” y “right”.

Lo que Finnis distingue en *Natural Law and Natural Rights*, según Legarre, “son los derechos naturales – no el derecho natural – de la ley natural. A lo largo de sus páginas, ley natural y derecho natural vienen tratados como si fueran lo mismo: *practical reasonableness*.”¹¹⁰⁶

Villey se refirió explícitamente a Finnis en los términos siguientes: “Una vez más he de denunciar lo que creo es una confusión entre la ley – regla de conducta – y el derecho como arte del justo reparto... Esta vez la negativa de pensar el derecho independientemente de la ley nos viene de la pluma del profesor Finnis, aureolado del prestigio del pensamiento inglés. Los ingleses, en efecto, no podrían conocer sin una *philosophy of law* y al encontrarse la *law* – al menos después de Hobbes – unida a la noción antigua de *lex* (lo que, a pesar de todo, no impone la etimología), ellos no consentirían en ocuparse sino de *legal systems* y el derecho (*ius*) habría desaparecido por decisión de la autoridad universitaria británica... La tesis de Finnis en el sentido de que Santo Tomás confundiría el *ius* y la *lex* tiene, dentro del ámbito neo-tomista, numerosos representantes en el continente. Esta tesis se encuentra en todas partes. Ella es, con diferencia, la más conocida. Yo no la estimo menos insostenible.”¹¹⁰⁷

“Finnis... piensa que si bien derecho y ley no son lo mismo en la terminología tomista, sí son conceptos íntimamente relacionados cuya diferenciación no autoriza a sacar conclusiones mayormente relevantes y, menos aún, como lo pretende Villey, a trazar una valla entre derecho y ley, y entre derecho natural y ley natural (*‘justice and the principles of practical reasonableness’*), que en la realidad no existe”.¹¹⁰⁸

Para Finnis, de acuerdo a Legarre, “el analogado principal de ‘derecho’ (es) la norma justa.”¹¹⁰⁹ “Law” en Ley natural y Derechos Naturales “nunca significa ‘cosa o conducta justa’, sino norma o sistema normativo.”¹¹¹⁰ Y esto, entre algunos iusnaturalistas realistas, como Villey, no es aceptado. El realismo iusnaturalista considera que el analogado principal es lo justo y/o la conducta justa. En cambio, el

¹¹⁰⁶ LEGARRE, Santiago: *John Finnis. La lucha por el verdadero derecho natural*. http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/john_finnis_la_lucha_x_el_verda_der_nat.pdf Pág. 2

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 3. Nota de pie de página. Texto citado de *Archives de Philosophie du Droit*. Traducido al español por Renato Rabbi-Baldí Cabanillas y publicado bajo el título “Bentham y el Derecho Natural Clásico”, en *Revista de Derecho Público*, N. 43-44, Enero-Diciembre 1988, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, Pág. 3. Nota de pie de página. Texto citado de *El concepto de derecho en John Finnis*, Persona y Derecho, Universidad de Navarra, Vol. 40 (1999), del Santiago Legarre.

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, Pág. 5.

¹¹¹⁰ *Ibidem*, Pág. 5.

normativismo iusnaturalista, como el de Finnis, afirma que es la “norma” -la ley- el caso central.

Rodolfo Vigo (Argentino), exponente del realismo iusnaturalista, “piensa que la teoría de Finnis asimila muchos puntos típicos del positivismo, incluido el normativismo y, después de recordar que ‘las explicaciones iusnaturalistas clásicas (Kalinowski, Villey, Hervada, etc.) en torno al analogado primario del derecho han señalado mayoritariamente el campo de las conductas justas’, concluye: ‘Finnis sorprendentemente parece rechazar toda consideración a esa realidad y en su lugar coloca a las reglas’.”¹¹¹¹

4.3.1.2. Comentario a la exposición de Legarre

Finnis efectivamente parte de las leyes positivas para desprender su teoría. Y, en este sentido es realmente un positivista. Sin embargo, en mi opinión, la teoría finnisiana se sustenta, de forma primordial, en el análisis antropológico, y, específicamente en la actuación racional del ser humano.

La racionalidad de los actos humanos es el sustento y el nutriente de la concepción del derecho de Finnis.

La crítica reportada por Legarre que Villey hace a Finnis en relación a que no distingue entre ley y derecho, pudiera ser respondida, desde la perspectiva del autor de *Natural Law and Natural Rights*, en los términos siguientes: la ley tiene por objeto la realización del bien común en una sociedad completa. La realización del bien común sólo se da cuando se realiza lo que es debido al otro o a los otros. Luego, la ley es ley en cuanto impone la obligación de dar al otro o a los otros lo que les es debido.

En tal sentido, Finnis podría decir que la distinción entre ley y derecho es una distinción más académica que práctica. Y si por algo hay que resaltar a la teoría finnisiana es por su orientación hacia lo que realmente sucede en la vida en sociedad, y no sólo lo que es discutido en los gabinetes académicos.

Efectivamente, la no distinción entre ‘ley’ y ‘derecho’ hace de Finnis un normativista que lo aleja de algunas posiciones iusnaturalistas.

4.3.2. Cristóbal Orrego Sánchez

Nació en Nueva York en 1965, de padres chilenos. Su progenitor fue un destacado investigador médico, Fernando Orrego Vicuña. Cristóbal Orrego Sánchez es Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de la Universidad Católica de Chile. Es reconocido como uno de los tomistas más prestigiosos. Invitó a Finnis a la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la que estuvo alrededor de

¹¹¹¹ *Ibidem*, Pág. 5. Nota de pie de página. Texto citado de *El Iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, México, 2003.

una hora. Columnista en el diario El Mercurio. Frecuentemente sus opiniones, no “políticamente correctas” contrastan y crean polémica pública, con quienes piensan de manera liberal en temas de homosexualidad, contracepción, la corrupción de los políticos. En 1997 publicó L.H.A. Hart, abogado del positivismo jurídico, editado por Eunsa, Pamplona. Tradujo al español la obra insignia de Finnis: *Natural Law and Natural Rights*.

4.3.2.1. Exposición

Cristóbal Orrego defiende la tesis de que los estudiosos del derecho en el ámbito de la teoría analítica, aceptan que, en la aplicación del derecho, los jueces toman en cuenta principios, independientemente de las normas. Estos estudiosos se refieren concretamente a la función jurisdiccional. Y estiman que estos principios tienen como fin lo justo.

“La concepción del derecho como un sistema normativo cerrado hizo crisis a comienzos del siglo XX. Se desvaneció la imagen del Juez como un mero aplicador lógico-mecánico (‘neutral’ y ‘apolítico’) del derecho, que se limitaba a subsumir casos bajo normas. Con esta crisis epistemológica-jurídica vino a ocupar un lugar central en la filosofía del derecho el tema del razonamiento jurídico, y especialmente el de la función judicial (teorías de la judicación)... Los autores analíticos han abordado la cuestión clásica entre derecho, política y moral con *renovados argumentos*, precisamente porque la relación entre principios y reglas, que parece inicialmente una distinción ontológica o descriptiva sobre el ‘derecho tal como es’... se demuestra, a la postre, como una explicación acerca de cómo ‘debe ser el derecho’, es decir, sobre cómo debe ser la sentencia justa, el resultado definitivo del razonamiento jurídico.”¹¹¹²

Orrego sostiene que los autores de la teoría jurídica analítica llegan hasta el punto de consentir que una regla, aunque sea vigente, deje de ser aplicada por el juzgador cuando con ella no se alcance la justicia. En otras palabras, se podría pensar que estos autores están más cerca del iusnaturalismo clásico de lo que se supondría. “Se llega al punto de afirmar que, por imperativo de los principios morales, incluso las reglas claramente identificadas como legales y vigentes, de acuerdo, por ejemplo, con una regla de reconocimiento en el sentido de Hart, pueden o deben ser desobedecidas por los mismos funcionarios: ‘esto es derecho pero demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado’”.¹¹¹³

Finnis, discípulo de Hart y, posteriormente, su crítico, “...también ha recuperado la comprensión dinámica del derecho como orientado hacia la justicia.

¹¹¹² ORREGO, Cristóbal: *De la ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. En Revista Chilena de Derecho, Vol 30, No. 2. Pág. 309.

¹¹¹³ *Ibidem*. Pág. 311.

Situado en el centro de la teoría analítica contemporánea, reivindica el origen de su postura en la tradición clásica de la teoría de la ley natural.”¹¹¹⁴

La teoría de la ley natural de Finnis se basa en los principios de la razonabilidad práctica: “los que tienen por objeto los valores básicos de la persona humana”¹¹¹⁵, y en las exigencias de esa misma razonabilidad: “los requerimientos para que la acción se conforme a lo que la razón exige”.¹¹¹⁶

“En este contexto teórico, los principios propiamente jurídicos, son principios de segundo orden. Aunque se hallan racionalmente conectados con los principios de la ley natural (principios puramente morales), son en realidad siempre, en mayor o menor medida, concreciones (en latín, *determinaciones*), es decir, principios de creación humana que han exigido elegir formas de concretar las exigencias morales más relevantes.”¹¹¹⁷

De acuerdo a Orrego, para Finnis la función de los principios morales es orientativa respecto de las normas positivas. Éstas dan seguridad, predicibilidad y generalidad. Y si, como se ha dicho antes, las leyes o reglas son determinaciones de la ley natural, tienen un valor relacionado con la justicia. Esto último, sin embargo, no excluye que existan normas injustas. El deber del juez es, entonces, armonizar principios morales y normas para dar con la resolución que haga justicia a las partes. Se trata, no de que el juzgador esté mecánicamente subordinado a la literalidad de las normas, como pretendía el positivismo, sino de que el razonamiento del impartidor de justicia sea tal que, incluso, en contra de la ley, determine lo que es justo.”¹¹¹⁸

La teoría de Finnis, según Orrego, permite tomar decisiones estrictamente jurídicas, lo que no significa que sean ajenas a los principios morales (de la ley natural). Incluso, cuando un juez: (i) vea la injusticia de la norma, no deja de estar presente la exigibilidad de la justicia, de la seguridad y de la concreción en la determinación judicial. Vale más la observancia de la norma, aunque sea injusta, que la destrucción de la seguridad del orden normativo. Y (ii), incluso en el supuesto de que el juzgador tenga la convicción de la culpabilidad de un sujeto, pero ésta ha sido probada por medios ilícitos, debe atenerse a las normas en base al principio de la razonabilidad práctica de que la seguridad exigida por el bien común implica una resolución basada en las normas procedimentales vigentes. “... el razonamiento jurídico tiene una autonomía relativa respecto del razonamiento práctico general... muchas veces los arreglos institucionales impiden decidir cómo se decidiría sobre la

¹¹¹⁴ *Ibidem*. Pág. 313.

¹¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 313.

¹¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 313.

¹¹¹⁷ *Ibidem*. Pág. 313.

¹¹¹⁸ *Ibidem*. pág. 314.

base de principios morales operando solos (v. gr. no se puede decidir según una íntima convicción personal no respaldada en el proceso mediante pruebas públicamente exhibidas); y que, no obstante, los principios morales y las exigencias de justicia están influyendo y deben influir en el razonamiento jurídico, con miras a encontrar una solución razonable en el caso concreto...”¹¹¹⁹

Lo anterior, no obstante, no implica que el juzgador se tenga que ajustar, como a una camisa de fuerza, a las leyes positivas aplicables. Al contrario, debe buscar y razonar, dentro del sistema, la solución más justa, incluso apelando a los principios de la razonabilidad práctica. Ya que el juzgador no es un simple aplicador de la ley, sino su intérprete y un hacedor de justicia. “Cuando una aplicación rígida de las reglas positivas o la existencia de reglas claramente injustas hace probable que el juez cometa una injusticia al juzgar... está claro que el deber moral del juez es tratar de armonizar todos los principios y reglas del sistema para llegar a una solución que sea justa realmente, no solamente según la suposición de justicia de la norma jurídica positiva. Si desde la perspectiva de un razonamiento jurídico interno, puramente legal, se seguiría una sentencia injusta, la última palabra debería tenerla un razonamiento jurídico abierto al flujo irrestricto de la razonabilidad práctica.”¹¹²⁰

“Los teóricos analíticos del derecho –a quienes primariamente se dirigía *Natural Law and Natural Rights*- se replantearon seriamente la interpretación tradicional de iusnaturalismo. Puede decirse que la obra de Finnis sustituyó el modo de abordar el tema del derecho natural tal como había quedado establecido en la influyente defensa del positivismo jurídico por H.L.A. Hart, quien había presentado el iusnaturalismo como algo ridículo, hasta el punto de que el positivismo jurídico entendido como ‘separación conceptual’ entre el derecho y la moral venía a ser equivalente a la distinción clásica entre derecho positivo y derecho natural. El planteamiento hartiano de la cuestión hacía perder sentido a la supuesta oposición iusnaturalismo *versus* iuspositivismo, como se encargaron de mostrar algunos autores analíticos después de Hart. En cambio, Finnis volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de las valoraciones –morales, en último término- y las descripciones en las ciencias sociales; la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral; la teoría de la justicia, de la obligatoriedad del derecho, del bien común, de la autoridad, de los derechos humanos naturales; el problema de la ley injusta, considerado a la vez desde el punto de vista jurídico, político y moral, sin excluirlo de la teoría analítica del derecho, e incluso la cuestión de Dios como fundamento último del orden natural.”¹¹²¹

¹¹¹⁹ *Ibidem*. Pág. 313-314.

¹¹²⁰ *Ibidem*. Pág. 314.

¹¹²¹ ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción al español, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág. 14.

Finnis “sostiene que los principales autores iusnaturalistas (v.gr., Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino) reconocieron la distinción lógica entre ‘ser’ y ‘deber’ y la plasmaron en sus explicaciones sobre la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica con sus respectivos puntos de partida evidentes por sí mismos (los primeros principios especulativos y prácticos). No infringieron, por ende, la exigencia lógica de no deducir los preceptos a partir de los hechos de la naturaleza humana. El conocimiento práctico es práctico desde sus primeros principios evidentes, no deducidos de un conocimiento especulativo de la naturaleza humana”.¹¹²²

Según Orrego, Finnis afirma que la razón “discierne” qué acciones son conformes a la razón práctica y, por lo tanto, (es decir, por guardar dicha conformidad) esas acciones son buenas. Lo que es distinto a decir que la razón práctica descubre en el “ser” (es decir, en la naturaleza) lo que es racional, y por lo tanto lo que debe hacerse. Esto último es precisamente el supuesto que ataca la objeción humeniana: derivar el “deber” del “ser”. En otras palabras: el deber moral consiste en actuar conforme a la razón. Y no, en que la razón esté determinada por la naturaleza.

La distinción es sutil, “porque para el ser humano lo ‘natural’... consiste sobre todo en ‘obrar conforme a la razón’.”¹¹²³ Y la razón es la que “discierne” lo que es conforme a la razonabilidad. En consecuencia, si bien es verdad que, de esta forma, se libera de la trampa de derivar el “deber” del “ser”, también lo es que se tiene que contar con la “naturaleza” del ser racional para poder actuar conforme a la razón.

En cuanto a los primeros principios de la razón práctica y los correspondientes bienes humanos básicos, Finnis sostiene que “son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí *experiencia* pues no son innatos.”¹¹²⁴ El bien propio del hombre se da cuando la acción libre está conforme con todas las exigencias de la razonabilidad práctica. El mal moral, cuando no se ordena según las exigencias de la razonabilidad práctica.

Estos bienes o valores básicos son inconmensurables entre sí. Por eso no se puede establecer una jerarquía de valores. Pero sí cabe que, en la forma de realizarlos, dependiendo de la opción de vida de cada persona, se determine una prioridad de uno sobre otros. Es decir la ordenación depende de la elección y no de la naturaleza del valor en sí. “... esas jerarquías no responden a diferencias entre valores básicos sino a diferentes elecciones de su combinación en una vida humana

¹¹²² *Ibidem*. Pág. 18.

¹¹²³ *Ibidem*. Pág. 19.

¹¹²⁴ *Ibidem*. Pág. 19.

limitada, elecciones que no implican necesariamente la negación directa de uno de esos valores básicos.”¹¹²⁵

Las ideas de “incommensurabilidad” y no jerarquización de los bienes básicos ha sido criticada tanto por tomistas como por proporcionalistas. “A mi modo de ver, el pensamiento de Finnis no se opone a la ordenación tomista de los principios de la ley natural según el orden de las inclinaciones naturales; sólo las armoniza con el carácter ‘primero’ e inderivado de *todos* los primeros principios de la ley natural, y le niega consecuencias morales en términos de sacrificar unos bienes por otros.”¹¹²⁶

Finnis no niega que de hecho haya una jerarquización en los valores. Pero este hecho se da en cada sujeto, en cada individuo que prioriza uno en lugar de otros, de conformidad a su plan y elección de vida. “Además, pueden naturalmente establecerse diversos órdenes o jerarquizaciones entre los bienes humanos –básicos o no- según diferentes criterios compatibles con la afirmación de que los bienes básicos son igualmente primarios y evidentes de suyo. Así, por ejemplo, puede decirse que la vida es una precondition de todos los demás bienes...”¹¹²⁷

Para Orrego, hay una distinción importante en la teoría finnisiana. La que establece “el bien y el mal en sentido ‘pre-moral’ y el bien y el mal en sentido ‘moral’”. Esta distinción en el campo de la razón práctica y, por ende, en la ley natural, lleva a sostener que no todos los principios de la ley natural son ‘morales’. Los primeros principios de la ‘ley natural’ –el primero (*bonum faciendum...*) y los correspondientes a los bienes básicos- no son ‘morales’ sino ‘pre-morales’, porque apuntan a bienes humanos que son objeto tanto de las elecciones buenas como de las malas.”¹¹²⁸

“El bien moral es el bien propio de la acción libre cuando está conforme con todas las exigencias de la razonabilidad práctica. El mal moral se da en la acción libre cuando no se ordena según las exigencias de la razonabilidad práctica, aunque la acción mala de todas maneras apunta hacia algún bien humano (sólo el bien puede ser objeto del acto de la voluntad), básico o incluso meramente sensible o infrarrazional.”¹¹²⁹

Orrego sostiene que esta distinción entre bienes pre-morales y bien moral es acorde con el lenguaje del proporcionalismo y/o consecuencialismo, que señala que es posible hacer el bien aunque éste dañe un bien pre-moral con tal que el resultado cause o un mal menor, o un bien mayor. Y que este lenguaje ha sido una crítica en

¹¹²⁵ *Ibidem*. Pág. 21.

¹¹²⁶ *Ibidem*. Pág. 20-21.

¹¹²⁷ *Ibidem*. Pág. 21.

¹¹²⁸ *Ibidem*. Pág. 21.

¹¹²⁹ *Ibidem*. Pág. 21-22.

contra de Finnis, no obstante la carga argumentativa que éste echa por delante en contra del consecuencialismo.

De acuerdo a Orrego, “Finnis hace uso de la distinción entre bien moral y bien pre-moral de una manera exactamente inversa a la del proporcionalismo ético.”¹¹³⁰

Finnis, y también Grisez, critican las doctrinas teleológicas, incluida –según Grisez– la de Tomás de Aquino, que sostienen que el hombre tiene un fin único. La crítica la sostiene Finnis en que el “bien único” no puede limitarse a una sola expresión del bien. Por eso, Finnis insiste en que cada uno de los bienes básicos es inconmensurable, y que cuando se elige uno, en determinada forma, se realizan los demás, pero sin que necesariamente se tomen en cuenta en la opción de vida. Siempre se le dará más importancia al escogido, que absorberá las energías de quien así se decidió por él, y dejará fuera de foco los demás aspectos del bien que no son otra cosa que “los bienes básicos”.

De todas formas, Orrego Sánchez aclara que “tanto Grisez como Finnis aceptan que el ideal de la plenitud humana integral en cierto sentido ‘puede ser considerado el fin último natural moralmente verdadero de las personas, tanto en cuanto individuos como en comunidad’.”¹¹³¹

De acuerdo a Orrego, “los consecuencialistas aceptan que el adulterio o la mentira son algo moralmente malo ‘por definición’, pero, precisamente por eso, sostienen que no podemos calificar de adulterio o de mentira un tipo de acción descrita abstractamente en términos no valorativos, sino sólo las acciones de ese tipo ‘pre-moral’ o físico (v.gr., tener comercio carnal con persona distinta del cónyuge o afirmar una falsedad) *que no se justifican en el caso concreto*. Si tales acciones *se justifican*, su semejanza física no basta para aplicarles los nombres con connotaciones morales negativas (‘adulterio’, ‘mentira’). El lector encontrara en *Ley Natural y Derechos Naturales* una crítica seria de las éticas ‘teleológicas’ (en este sentido) y una defensa incondicional de los absolutos morales de la ética clásica – i.e., de la prohibición sin excepciones de actos intrínsecamente malos por su especie, con independencia de las consecuencias ulteriores intentadas o previstas.”¹¹³²

Finnis “está lejos de sostener que el orden moral existiría ‘incluso si Dios no existiera’”.¹¹³³ Pero la existencia de Dios no es evidente, sino demostrable. Los primeros principios son evidentes. De ahí que el hombre puede obrar moralmente sin que conozca la existencia de Dios. “Sólo que sin Dios la normatividad moral no

¹¹³⁰ *Ibidem*. Pág. 22.

¹¹³¹ *Ibidem*. Pág. 23.

¹¹³² *Ibidem*. Pág. 25.

¹¹³³ *Ibidem*. Pág. 24.

alcanza a ser explicada cabalmente, y, de hecho, si Dios no existiera no habría ni orden moral ni realidad ninguna.”¹¹³⁴

“En este mismo contexto habría que situar algunas críticas recientes contra Grisez y Finnis, las cuales apelan a una ‘ética de las virtudes’, oponiéndola a la ética de la ley natural sostenida por Finnis –la califican de ‘rigorista’ y ‘kantiana’- precisamente para así fundamentar unas posiciones sustancialmente proporcionalistas en el carácter ‘abierto’ y ‘prudencial’ de las virtudes.”¹¹³⁵

¿Cuál ha sido la evolución del pensamiento de Finnis a partir de la publicación, en 1980 de *Natural Law and Natural Rights*? De acuerdo a Orrego, podrían destacarse los siguientes puntos: 1) La afirmación de un principio básico, estructural, de la moral: el amor al prójimo. 2) Reconsidera las siete exigencias de la razonabilidad práctica; por ejemplo, “la experiencia estética –uno de los bienes básicos en la lista de *Ley Natural y Derechos Naturales*- se incluye, ahora, como una parte del bien básico que es el conocimiento.”¹¹³⁶ 3) “Finnis da hoy menos importancia a la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva, sin negarla.”¹¹³⁷ 4) Finnis considera ahora que la intromisión del Estado (“paternalismo”) debe ser más limitada a la que expuso en *Natural Law and Natural Rights*. Ahora habla de “gobierno limitado”. Esto es “el poder estatal sólo puede restringir legítimamente la libre actuación de los ciudadanos cuando lo exija la justicia.”¹¹³⁸ 5) Finnis ha modificado su opinión sobre la pena de muerte. Antes no estaba en contra de ella. Ahora lo está. 6) Finnis considera ahora que su conclusión de cómo es Dios y de si es una persona en *Natural Law and Natural Rights* fue un tanto negativa. Cree que puede ser más positiva esta consideración y que el hombre puede racionalmente llegar a saber más de la naturaleza divina.

4.3.2.2. Comentario a la exposición de Orrego

Cristóbal Orrego Sánchez no sólo expone lo medular de la teoría finnisiana: la razonabilidad práctica que ordena o impele a realizar el bien, y, como consecuencia, la conveniencia de un derecho positivo, ya que no todos los hombres tienen ni la atención ni la preocupación de ver por ese bien con el que la razón *se topa* de forma evidente. Sino que también contextualiza las ideas de Finnis en el ambiente ideológico anglosajón de la última mitad del siglo pasado.

¹¹³⁴ *Ibidem*. Pág. 25.

¹¹³⁵ *Ibidem*. Pág. 26.

¹¹³⁶ *Ibidem*. Pág. 27.

¹¹³⁷ *Ibidem*. Pág. 27.

¹¹³⁸ *Ibidem*. Pág. 27.

Sobre esta contextualización, Orrego habla de las nuevas tendencias judicialistas: el juez no es simplemente un aplicador mecánico de las normas sino que tiene un amplio campo para la iniciativa personal, de manera que busque armonizar el derecho positivo con los principios generales a fin de resolver de acuerdo a justicia y no simplemente de manera legal. Sin embargo, me parece que Orrego no termina por definir si Finnis está en esta misma línea o si, no obstante, el aprecio por querer que lo esté, le lleva a cierta confusión al respecto: por un lado afirma que las ideas de Finnis, en el contexto de las teorías jurídicas analíticas, sostienen la resolución justa más que la legal. Pero, por otro lado, señala que Finnis es claro al determinar que las leyes vigentes se han de aplicar con el objeto de no causar un mal mayor o para evitar un daño a la estructura del sistema jurídico.

En este sentido, se podría afirmar que Finnis, a pesar de su absoluta condena al utilitarismo y/o consecuencialismo, retiene algo de éstos: cumplir la ley injusta proporciona un mal menor que no cumplirla.

Cundo Orrego se refiere a la distinción finnisiana entre principios pre-morales y principios morales, sugiere que dicha distinción está formulada para no caer en las conclusiones del utilitarismo que Finnis tanto criticó. No creo que sea esa la razón de fondo. Primero, porque sería una distinción sin mayor fundamento y un tanto artificial; y, por lo tanto, impropia de un pensador de la talla de Finnis. Y, segundo, porque a nivel de los *principia per se nota*, de acuerdo a lo que dice Finnis, todavía no estamos en el plano de la actuación, de la realización del bien ordenado o impulsado por la razón práctica. Los *principia per se nota* están en el área de la razón especulativa. Y lo moral se da en el campo de la razón práctica. Por lo tanto, las críticas que Orrego reporta que se le han hecho a Finnis en relación a que su teoría cae, por dicha distinción, en los errores que condena en el consecuencialismo, son enteramente infundadas.

Importante que Orrego nos actualice sobre la evolución del pensamiento de Finnis. Como se puede ver, no hay cambio sustancial alguno. Pero sí, refinamiento y matices importantes, como su opinión sobre la pena de muerte, o la modificación en su tabla de formas básicas de bien. No obstante, la teoría finnisiana sigue, como lo expone Orrego, siendo una teoría moderna del iusnaturalismo sustentada en los mismos principios del iusnaturalismo clásico.

4.3.3. Carlos I. Massini Correas

Nacido en Mendoza, Argentina. Egresado como Abogado de la Universidad de Mendoza. Ahí mismo obtuvo su doctorado en Ciencias Jurídicas. En el año 2002 defendió su tesis doctoral en filosofía en la Universidad Nacional de Cuyo. Realizó estudios de postgrado en la Universidad de París, con Michael Villey. Algunos de sus libros son: Filosofía del Derecho-I-El derecho y los derechos humanos; La falacia de la “falacia naturalista”; Los derechos humanos en el pensamiento actual; y El iusnaturalismo actual.

4.3.3.1. Exposición

Massini señala que Finnis distingue entre “derecho natural” y “la teoría sobre el derecho natural”. Este señalamiento lo fundamenta citando un texto expreso de Finnis: “No tiene demasiado sentido hablar de una tradición de la ley natural porque ‘ley natural’... significa simplemente el conjunto de proposiciones verdaderas que identifican los bienes humanos básicos, los requerimientos generales de la elección correcta, y las normas morales específicas deducibles de estos requerimientos en cuanto tienen que ver (o dependen) de los bienes básicos particulares. Pero sí existe una tradición de teoría o de teorización de la ley natural.”¹¹³⁹

De ahí que “... el *iusnaturalismo* no es lo mismo que el *derecho natural* (ni que la ley natural moral) ya que éste –‘el conjunto de principios de la razonabilidad práctica dirigidos a la ordenación de la vida y la comunidad humana’- existe sin la teoría que lo estudia y sistematiza y puede ser conocido sin esta teoría, a través del simple conocimiento práctico y espontáneo.”¹¹⁴⁰

Para Finnis, por tanto, no se requieren de conocimientos metafísicos para conocer el derecho natural. Si estos conocimientos fueran necesarios “... ese conocimiento sería una tarea inalcanzable para la gran mayoría de los mortales, en especial para la plétora de los no-filósofos. Pero es un dato de la experiencia práctico-jurídica que todos los hombres tienen la vivencia –personal y colectiva- de la existencia de acciones, instituciones, normas, etcétera, justas o injustas, buenas o malas, correctas o incorrectas, y que consideran a esas distinciones y calificaciones como trascendentes a las normas positivas.”¹¹⁴¹

La teoría finnisiana del derecho natural, en cuanto teoría, como el mismo Finnis lo dice, es una teoría “acerca del bien y del mal... Esa teoría contendrá tanto (i) proposiciones *normativas* que identifiquen los tipos de elecciones, acciones o disposiciones, como correctas o incorrectas, permisibles, obligatorias, etc., como (ii) proposiciones *no-normativas* acerca de la objetividad y justificación epistemológica de las proposiciones normativas.”¹¹⁴²

El hecho de que la teoría finnisiana comprenda la parte normativa la distingue radicalmente de las teorías iuspositivistas excluyentes, ya que éstas entienden la teoría como “meramente descriptiva o clasificatoria, y no tiene nada que decir en cuanto a los contenidos valiosos o disvaliosos, correctos o incorrectos,

¹¹³⁹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: *Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/4.pdf> (12 julio 2015). Pág. 15.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 16.

¹¹⁴¹ *Ibidem*. Pág. 16-17

¹¹⁴² *Ibidem*. Pág. 18.

del derecho que es objeto de estudio. Para el positivismo más estricto, el excluyente, los contenidos del derecho son indiferentes desde el punto de vista axiológico, ya que pueden ser cualesquiera que hayan sido objeto de elaboración y promulgación por las fuentes sociales.”¹¹⁴³

La teoría del derecho natural es, pues, de acuerdo a Finnis, y como lo señala Massini “una de las modalidades de la filosofía práctica, que no sólo explica, analiza, sistematiza y desarrolla el concepto, caracteres y concreciones del derecho, sino que también –y principalmente- identifica, desenvuelve, defiende y precisa las exigencias de contenido de todo orden jurídico, es decir, los valores o bienes a los que constitutivamente está ordenado y que justifican la obligatoriedad del derecho y la exigibilidad de los derechos.”¹¹⁴⁴

De acuerdo a Massini, Finnis es enfático en insistir que el iusnaturalismo no deriva las obligaciones del ser. Y para ello cita el siguiente texto de Finnis en relación a los teóricos iusnaturalistas: “... no están comprometidos [necesariamente] con la afirmación de que las proposiciones normativas que ellos defienden son ‘derivadas de la naturaleza’, o ‘leídas’, o ‘examinadas en’ ‘la naturaleza de las cosas’... Menos todavía están comprometidos en el reclamo de que las proposiciones normativas que ellos defienden descansan en cierta relación definida con, o están justificadas por, ‘las leyes de la naturaleza’, en el sentido de las regularidades observadas, y aducidas por factores explicativos, por las ciencias naturales (física, biología, psicología experimental, ecología, etcétera.)”¹¹⁴⁵

Tampoco, según Massini, la teoría de la ley natural, de acuerdo a Finnis, “se refiere a un sedicente ‘estado de naturaleza’, ni al dictado de una voluntad superior; por el contrario, el término ‘ley’, en la locución ‘ley natural’, se refiere a estándares de elección correcta, estándares que son normativos (es decir, racionalmente directivos y obligatorios) porque son *verdaderos* y elegir de otro modo que de acuerdo a ellos es irracional.”¹¹⁴⁶

El término “natural” significa para Finnis: “(a) que los estándares relevantes (principios y normas) *no son positivos*, es decir son directivos previamente a cualquier establecimiento o fijación por una decisión individual o una elección o convención grupal; (b) que los estándares relevantes son *más elevados* que las leyes positivas, convenciones y prácticas, es decir, prevén las premisas para la evaluación crítica y la aprobación o el rechazo justificado o la desobediencia a esas leyes, convenciones o prácticas; (c) que los estándares relevantes se conforman a los requerimientos más exigentes de la razón crítica y *son objetivos*, en el sentido de que

¹¹⁴³ *Ibidem*. Pág. 19.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 20.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*. Pág. 21.

¹¹⁴⁶ *Ibidem*. Pág. 21-22.

la persona que falla en aceptarlos como estándares de juicio está en un error; (d) que la adhesión a esos estándares relevantes tiende sistemáticamente a promover el *florecimiento humano*, la realización de los individuos humanos y de las comunidades.”¹¹⁴⁷

La ley natural es racional. Massini insiste en que no sólo es racional en el sentido de que tiene que ver con medios a fin, sino en el sentido de que es “verdadera”. Aquí, Massini acota que no se debe tomar el término “verdadero” con el sentido de la razón especulativa. Se trata de la razón práctica. Por lo tanto, la verdad radica en la adecuación y aplicación de la acción hacia los fines que son propiamente humanos; y que, por tanto, la acción por alcanzar tales fines es enriquecedora de la propia persona.

“... la rectitud de la parte apetitiva, que es la medida de la verdad práctica, consiste en su ordenación o referencia al bien humano, en alguna de sus determinaciones centrales: los bienes humanos -y de este modo, un juicio de la sabiduría práctica, o *frónesis*, o prudencia, resulta verdadero prácticamente cuando concreta esa orientación fundamental al bien, dirigiendo la acción humana en el marco de unas ciertas y determinadas circunstancias. Por ello, los bienes humanos resultan ser la medida -por vía o mediación de las inclinaciones que los buscan o procuran- de la verdad de las proposiciones práctico-morales.”¹¹⁴⁸

La ley natural es racional, además, en el sentido de que provee razones para actuar. Massini cita el siguiente texto de Finnis: “En el caso de los seres humanos, los objetos que han de ser entendidos antes de que se pueda entender y conocer la naturaleza humana, son los bienes humanos que son los objetos de nuestra voluntad, *i.e.*, que son nuestras razones prácticas para la acción y para dar razón a todo aquello que se puede, de modo inteligente, tener interés en elegir... Los primeros principios de la ley natural no son inclinaciones, sino bienes humanos fundamentales entendidos como razones para la acción.”¹¹⁴⁹

Y una razón para la acción, de acuerdo con Boyle es: “la conjunción de (1) la creencia de que eligiendo una acción contribuirá al logro de algo que reconoce como benéfico (bueno); y, (2) la influencia motivante del interés en ese beneficio.”¹¹⁵⁰

Las razones para la acción suponen un contexto racional. Si la acción fuera sólo resultado de las pasiones o de los sentimientos, entonces, no podría hablarse propiamente de “razones”.

¹¹⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 22.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*. Pág. 23.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*. Pág. 24.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 24.

“En definitiva, en el caso de la ley *natural* es posible hablar de ley *racional* siempre que se den las siguientes condiciones: (i) que la razón de la que se habla sea una de carácter *referencial-intencional*, es decir, cognoscitiva, susceptible de aprehender las líneas centrales de la perfección humana y de dirigir la conducta hacia alguna concreción (*instantiation*, dice Finnis) de esa perfección; (ii) que se trate de una razón constitutivamente *práctica*, es decir, cuya referencia radique en el bien o los bienes humanos y su finalidad sea valorativo-directiva; (iii) que *no* se le piense como una razón *autónoma* sino como dotada de un sentido constitutivo hacia bienes en cierta medida independientes del querer humano; y (iv) que esa razón práctico-normativa funcione como *proveedora de razones* –objetivas– para la acción. En el caso de que se acepten estas condiciones, es posible hablar indistintamente de ley natural o de ley racional, ya que se estará designando la misma realidad práctico-normativa.”¹¹⁵¹

Respecto a la objeción que muchos, incluso tomistas (“Quede desconcertado... frente a la ineptitud y mala voluntad de los críticos y de otros lectores de la tradición más o menos tomista... estos críticos y lectores, viendo que las cosas estaban hechas de modo distinto al orden tradicional de tratamiento... el libro era, pensaron, una capitulación frente al argumento de Hume del ‘ser - deber ser’,”¹¹⁵²) oponen a la teoría finnisiana la descalificación de que es una claudicación a la derivación del “deber” del “ser”.

Massini señala que una de las respuestas que expone Finnis, es el “axioma epistemológico.”¹¹⁵³ “Según este axioma, [en palabras de Finnis] no se puede conocer la naturaleza de las cosas sin conocer las capacidades de esas ‘cosas’, las que a su vez no podemos comprender sin el conocimiento de las actividades que las actualizan, las que no pueden –por su parte– entenderse adecuadamente sin conocer los objetos de esas actividades... El conocimiento adecuado de la naturaleza humana no es la fuente de nuestro acceso a la comprensión de los fines humanos, bienes o perfecciones (*flourishing*). Más bien, ese conocimiento es el resultado de nuestra comprensión de los objetos inteligibles de la voluntad humana y de su acción, objeto que son los bienes inteligibles.”¹¹⁵⁴

Finnis no niega “ni (i) la *existencia* de una naturaleza o índole propiamente humana; ni (ii) la *cognoscibilidad* de los caracteres propios de esa naturaleza; ni (iii) que esa naturaleza humana *se corresponda* necesariamente con las dimensiones centrales de la perfección humana (el conocimiento es un bien humano porque el hombre es un ser cognoscente; ni (iv) que las afirmaciones acerca de los atributos propios de los hombres no puedan servir para la *defensa dialéctica* y la explicitación

¹¹⁵¹ *Ibidem*. Pág. 25.

¹¹⁵² *Ibidem*. Pág. 28.

¹¹⁵³ *Ibidem*. Pág. 26.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 26.

de los principios de la ley natural. Lo único que sostiene en este punto es que *el conocimiento* de los contenidos normativos de la ley natural –no de las teorías iusnaturalistas– no se sigue de un conocimiento previo de esa naturaleza humana, sino que parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y se desenvuelven racionalmente –con razón práctica–, ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado.”¹¹⁵⁵

Finnis no niega el punto de vista ontológico: “si cambiamos el modo *epistemológico* al *ontológico*, el mismo principio metodológico en su aplicación a los seres humanos, presupone y, por lo tanto, implica que la bondad de todos los bienes humanos... está derivada de (*i.e.* depende de) la naturaleza, a la que, en razón de su bondad, esos bienes perfeccionan. Porque estos bienes –en cuanto fines son las *rationes* de las normas o “deberes” prácticos– no perfeccionarían esa naturaleza si ella fuera distinta de lo que es. Por lo tanto, el *debe*... depende ontológicamente –y en este sentido seguramente puede decirse que está derivado– del *es*.”¹¹⁵⁶

Lo cual no significa, desde el punto de vista gnoseológico, que el deber tenga que derivarse del ser. Ya Finnis ha insistido en ello: “Las proposiciones acerca de los bienes humanos primarios... no son derivados acerca de proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otra proposición de la razón especulativa.”¹¹⁵⁷

4.3.3.2. Comentario a la exposición de Massini

Lo relevante de la exposición de Massini son fundamentalmente dos cosas: (i) la afirmación de que la ley natural es racional en el sentido de que es verdadera. Quizás estemos más habituados a señalar que la ley natural es racional porque es buena. El término “verdadero” lo reservamos normalmente al objeto de la razón especulativa. Y (ii) el reconocimiento, citando palabras de Finnis, de que desde el punto de vista ontológico, sí puede hablarse de una derivación del deber del ser. Esto último pone en entredicho todo el esfuerzo argumentativo de Finnis para alejarse de la objeción humeniana.

Considero que el énfasis de Finnis para demostrar que el deber no deriva del ser es un punto relevante y básico en su teoría. Si efectivamente pone énfasis en el aspecto gnoseológico es porque así salva, de una forma a mi parecer apropiada, la objeción de que el iusnaturalismo no respeta las reglas de la lógica, al determinar un “deber” de un “ser”. Lo que Finnis, en todo caso, indica es que su argumento “gnoseológico” no niega la existencia de una naturaleza, pero ésta no entendida como materia, sino como la esencia que es propia de cada ser. Y en el hombre, lo propio de él, es la racionalidad.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 27.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 28.

¹¹⁵⁷ *Ibidem*. Pág. 27.

La exposición de Massini ayuda a entender la falta de sustento de otra objeción que se hace a la teoría iusnaturalista. La objeción de ausencia de coherencia al defender, por un lado, que el hombre debe seguir sus inclinaciones para realizar el bien; pero luego negar que algunas inclinaciones lo conduzcan realmente al bien, como por ejemplo, si se deja llevar por su inclinación al placer sexual. Finnis, y Massini lo señala bien, es preciso y puntual al señalar que la inclinación racional es la que da razones para el actuar que conduce a la realización del ser humano. No cualquier inclinación.

En tal sentido son útiles y apropiadas las características que Massini señala para que pueda hablarse de una ley racional, que no es sino la inclinación racional – impera para alcanzar el bien captado- a realizar una determinada conducta, que será, por consiguiente, acorde a la esencia del ser humano; y, en tal sentido, “natural”.

Finalmente, resulta de utilidad la distinción subrayada por Massini de Ley Natural y Teorías de la Ley natural. Efectivamente, con independencia de las teorías (Finnis hablaría del punto de vista externo), existe la ley natural que es la ley moral, misma que no es otra cosa, que la razón para realizar aquello que corresponde a la “naturaleza” del ser humano. Los teóricos podrán estar en desacuerdo en muchos puntos, o en matices, o en argumentos sobre lo que es la ley natural.

Sin embargo, cualquier persona, con un mínimo grado de apertura y de sensibilidad racional, podrá “ver” que hay actos que no pueden ser dignos ni propios del ser humano; y actos que sí lo son. Posiblemente no en un conjunto pormenorizado, pero sí en puntos esenciales. Nadie, o sólo alguien que no esté bien psicológicamente, puede dejar de sentir compasión por el drama de los que están tratando de refugiarse en Europa, dejando el odio, la pobreza y la muerte que existe en Siria y en otros países del medio Oriente y del norte de África. El mundo, en general, rechazó enérgicamente la imagen de la reportera húngara que metió zancadilla a un refugiado, padre cargando a su hijo, para que fuera alcanzado por la policía y no se internara más en territorio de Hungría. Y así otros muchos casos en que todavía existe una razón de humanidad en el mundo, encajan en este sentimiento racional del que antes hablaba, que es totalmente independiente de las teorías e ideologías sobre lo que es el derecho natural o el derecho positivo.

4.3.4. Michael Payne

Profesor de filosofía del derecho en University of Dyton. Graduado de la Xavier University y de Boston College.

4.3.4.1. Exposición

Michael Payne, en su artículo *Finnis on viewpoint and focal meaning*¹¹⁵⁸ señala que la teoría finnisiana “attempts to combine a theory of practical

¹¹⁵⁸ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/17.pdf>

reasonableness that yields the principles of natural law with a theory of the basic forms of human good grasped by practical reasonableness.”¹¹⁵⁹

“Finnis argues that a natural law theory must be capable of grasping substantive human good through the operation of practical reasonableness.”¹¹⁶⁰

De esta forma, según Payne, Finnis rechaza la distinción de Lon Fuller entre una ley natural procedimental y otra sustantiva.

El núcleo de la teoría finnisiana es la razonabilidad en el actuar. Cualquier teoría que no considere como central esta posición, sólo llegará a ser una teoría legal descriptiva. Payne afirma que lo que distingue a la teoría de Finnis es precisamente su fundamentación en la moral. “It is methodological thesis that rests at the foundation of Finnis’ version of natural law and that distinguishes his theory of natural law from all other natural law theories...”¹¹⁶¹.

Payne reconoce que Finnis sigue la metodología hartiana del “punto de vista interno” para determinar el concepto central y los conceptos analogados del derecho. Pero se distancia de él al sostener que la moral es el punto de vista interno desde el que se llega al significado focal del derecho; y no el punto de vista legal, como lo es para Hart. “Basically, Finnis adopts Hart’s technique of distinguishing between central and peripheral cases of the meaning of a concept, but maintains that the viewpoint from which the legal theorist distinguishes between the central and peripheral cases is not the Hart’s internal point of view, but rather the moral point of view of practical reasonableness.”¹¹⁶²

La posición positivista parte de la distinción entre la ley que es y la ley que debería ser. Entre el “ser” y el “deber”. “This distinction is abbreviated in to the “is-ought” distinction”.¹¹⁶³ Al “ser” aplica la verdad o falsedad; al “deber” sólo juicios de valor. Finnis no niega la distinción entre proposiciones descriptivas y normativas. Pero esta distinción no puede ser tan radical que en la proposición descriptiva legal no esté de por medio la valoración que corresponde a la razonabilidad práctica, que señala qué debe ser hecho para conseguir el bien común. Finnis “does not deny that there is a valid distinction between two kinds of *propositions* divided into descriptive statements and normative judgements; rather, he denies that the social theorist can characterize law without engaging in evaluations”.¹¹⁶⁴

¹¹⁵⁹ PAYNE, Michael, *Ibidem*, Pág. 159.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, Pág. 160.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, Pág. 160.

¹¹⁶² *Ibidem*, Pág. 160.

¹¹⁶³ *Ibidem*, Pág. 161.

¹¹⁶⁴ *Ibidem*, Pág. 161.

Finnis afirma que es imposible que el derecho no tome en cuenta cuestiones valorativas y se quede en puras descripciones como las que pretenden los positivistas. “The development of modern jurisprudence and social science suggests ‘than a theorist cannot give a theoretical description and analysis of social facts, unless he participates in the work of evaluation, of understanding what is really good for human person, and what is really required by practical reasonableness.’ This is de case... because the human actions, practices, habits, dispositions and human discourse that form the subject matter of a social science ‘can be fully understood only by understanding their point, that is to say their objective, their value, their significance or importance as conceived by the people who performed them, engage in them, etc.’”¹¹⁶⁵

Pero una teoría que tome en cuenta todas estas consideraciones (valores, significados, objetivos) no puede sino caer en el relativismo. No existe unanimidad en las mismas. Por lo tanto, el problema se plantea, en palabras de Finnis: “How does the theorist decide what is to count as law for the purposes of his description?”¹¹⁶⁶

Algunos han pretendido dar solución al problema recurriendo al elemento común en la variabilidad de situaciones. Kelsen, por ejemplo, se pregunta: “what could the social order a negro tribe under the leadership of a despotic chieftain –an order likewise called ‘law’- have in common with the Constitution of Swiss Republic?”¹¹⁶⁷

Finnis considera que la posición de Kelsen, junto con la de Austin y Bentham, es “naive”¹¹⁶⁸ y prefiere analizar la crítica que Hart hace a la metodología de Kelsen.

En primer lugar, Hart critica a Kelsen porque éste no supo ver las distintas funciones sociales que juegan las leyes. En palabras de Finnis: “Law is to be described in terms of *rules* for the guidance of officials and citizens alike, not merely as set of predictions of what officials will do.”¹¹⁶⁹ De este modo “Hart’s method constantly appeals to the practical point of the components of the concept of law, and therefore Hart fully recognizes the variability of conceptions of the point of de components of a concept of law.”¹¹⁷⁰

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, Pág. 161.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, Pág. 162.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, Pág. 162.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 162.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, Pág. 162.

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, Pág. 162.

En segundo lugar, el método hartiano elimina la búsqueda de un significado unívoco de ley, tal y como lo pretendió Kelsen. “Hart therefore does not attempt to provide a definition of ‘law’ in terms of a set of individually necessary and jointly sufficient conditions, but rather distinguishes between ‘law’ and ‘legal system’ and characterizes the later as an ‘union’ of primary and secondary rules.”¹¹⁷¹

Y, finalmente, en tercer lugar, el método de Hart considera el punto interno desde el cual distinguir el caso central de los casos periféricos.

En resumen, la crítica de Hart a Kelsen estriba en que éste defiende un “pre-theoretical sense of ‘law’ (and) adopts this pre-theoretical viewpoint as the viewpoint to be taken by the descriptive theorist of law; such a viewpoint, according to Hart, ignores the key characteristic of a social rule, namely that the latter has an internal aspect under which legal officials and citizens ‘use the rules as standards for the appraisal of their own and others behavior’. In the internal point of view, Hart says, ‘there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behavior as a common standard’.”¹¹⁷²

Finnis no critica estos tres elementos hartianos, usados en contra de la teoría de Kelsen. Lo que Finnis critica de Hart, es que éste determina el punto de vista interno para el derecho en consideraciones descriptivas (el interés propio, el no sufrir la pena por el incumplimiento de la norma, la costumbre de hacer lo que los demás hacen) y no valorativas. Estas actitudes descriptivas no necesariamente coinciden con la actitud moral respecto a la ley; simplemente se obedece ésta porque así se suele hacer o porque se quiere evitar la consecuencia de la sanción. Pero se carece, en la teoría de Hart, de la conciencia del deber moral ante la ley. “Hart is here referring to those who voluntarily accept (in this technical sense of ‘adopt the internal point of view of the rules’) the authority of the legal system, and his point is that those who do that voluntarily accept de system need not conceive of themselves as morally bound to accept de system.”¹¹⁷³

La objeción de Finnis a Hart es que “it is unstable and unsatisfactory to take self-interest or an unreflecting, traditional attitude as the central case of the legal point of view, because they are ‘manifestly deviant, diluted or watered down instances of the practical viewpoint that brings law into being as a significantly differentiated type of social order and maintains it as such. Indeed, they are parasitic upon that viewpoint... If there is a point of view in which legal obligation is treated as at least presumptively a moral obligation... then such a viewpoint will constitute the central case of the legal viewpoint’. Such a view point, Finnis proposes, is that of

¹¹⁷¹ *Ibidem*, Pág. 162.

¹¹⁷² *Ibidem*, Pág. 163.

¹¹⁷³ *Ibidem*, Pág. 163.

the person who is practically reasonable... Finnis hesitates to call this the moral viewpoint, 'for the term moral is of uncertain connotation'.”¹¹⁷⁴

La postura de Finnis sobre el punto de vista interno moral ha sido criticada por Danielson¹¹⁷⁵ en base a dos argumentos. El primero señala que aunque se aceptara que el punto de vista interno moral es el correcto, eso no significa que la persona que cumpla la ley desde tal punto de vista se considere como adherente a la teoría finnisiana de la ley natural. “Surely there is a large variety of moralities that will support allegiance to law. Thus there is no reason for Finnis to specify the moral man as the follower of a natural law morality. So even if valid, this argument supports one natural thesis (some morality or others is necessary for the identification of the legal), not Finni’s particular natural law morality.”¹¹⁷⁶

Pero Finnis, de acuerdo a Payne, no niega que pueda haber diversas “morales” que se relacionen con la ley. “Finnis’ man of practical reasonableness is not required to adopt a particular morality. Consequently, the ‘moral man’, as Danielson misleadingly calls him, is the follower of any natural law view, by any natural law theory...”¹¹⁷⁷

El segundo argumento de Danielson es que el punto de vista legal es suficiente para explicar la obediencia a la ley. Si Finnis afirma que este punto de vista diluye el respeto por la ley, también en el punto de vista moral sucede lo mismo ya que de hecho, aún cuando se usa el punto de vista moral, se dan acciones ilegales conscientes.

El argumento de Danielson no ataca la esencia de la propuesta de Finnis. Éste no dice que no exista el punto de vista legal. Lo que señala es que no determina el caso central. La tesis finnisiana “is not that the internal point of view might lead to ‘disrespect’ of the law in the sense that self-interested men might not obey the law, but rather that the attitude of self-interested is not the central case of the legal viewpoint because self-interested may be inconsistent with ‘respect’ for the law as a certain kind of social institution.”¹¹⁷⁸

Payne afirma que la teoría de Finnis no trata de establecer un tipo de moral: “For Finnis’ theory is not an attempt to demonstrate that a particular morality is the correct morality, but it is an attempt to establish that there are principles of practical reasoning.”¹¹⁷⁹ Lo que sostiene la teoría finnisiana es que, lo que hay que tomar

¹¹⁷⁴ *Ibidem*, Pág. 163.

¹¹⁷⁵ Peter Danielson es profesor de ética en la universidad de British Columbia.

¹¹⁷⁶ PAYNE, Michael: *Op. Cit.* Pág. 164.

¹¹⁷⁷ *Ibidem*, Pág. 164.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, Pág. 165-166.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 165.

como derecho, caso central, y distinguirlo de otros sistemas normativos, es la legislación en cuanto una estructura organizada de reglas razonables, en las que su cumplimiento no se da simplemente por el miedo al castigo, sino por ser consecuentes con las exigencias de la razonabilidad práctica para alcanzar el bien común y la realización de la persona. Esto es, un sistema normativo cuyo punto de vista interno es la moral. O más genéricamente, los valores fundamentales del ser humano.

El punto de vista interno legal de los positivistas es incompleto; y, por eso, Finnis no lo niega. Lo que afirma su teoría es que el punto de vista interno legal no es el caso focal, sino el secundario, del derecho.

Hart, según Payne, señala tres características de la norma jurídica: (i) Una insistente demanda general de conformarse a la ley y una enorme presión social para castigar a los que no se someten a ella. (ii) Una conciencia de su enorme importancia como medio para mantener el orden social. Y (iii) la posibilidad de la existencia de conflictos entre lo que la persona quiere hacer y lo que la ley le ordena. De estas tres características se puede deducir la necesidad del punto de vista interno, y que este punto de vista interno puramente legal no es suficiente para obedecer la ley. “It is these three characteristics of obligatory social rules that appear to be clearly at odds with de attitudes of self-interest and unreflecting habit: it is quite difficult to see how such attitudes could represent the *central case* of the legal point of view if the latter includes, as it does for Hart, the imposition of obligatory social rules. There is no guarantee that adoption of internal point of view by itself will yield a rule that imposes legal obligations; consequently, Finnis’ conclusion is correct that the internal point of view is not de central case of legal point of view.”¹¹⁸⁰

No es explicable, desde la perspectiva puramente legal, la preocupación por el interés general y de los otros al asumir el cumplimiento de la ley. Necesariamente ese interés debe estar soportado en la moral. “Here, one must agree with Finnis that ‘desinterested concern for others’ appears to be connected to moral concern...”¹¹⁸¹

4.3.4.2. Comentario a la exposición de Payne

Es muy esclarecedor lo que Payne nos dice respecto al punto de vista interno central de Hart y en lo que Finnis se distingue y se distancia de Hart: el punto de vista central para determinar lo que es el derecho es la razonabilidad práctica o, en otras palabras, la moral (Finnis); y no simplemente lo legal (Hart). Quizás el término “legal” no sea el más apropiado. Generalmente entendemos por legal lo que está conforme a la ley. Hart más bien se refiere a la presión social de cumplir la norma o al temor al castigo que ésta impone o a la tradición de cumplir. Por lo tanto, diría que esto se puede formular mejor como el punto de vista “social”.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 168.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, Pág. 169.

Los aspectos hartianos de su punto de vista interno no tienen una sólida fundamentación. ¿Por qué habría de cumplir la ley si puedo, en muchas ocasiones, eludir el escrutinio social? La defraudación fiscal la mayoría de las veces no es detectada por el fisco, y cuando lo hace, generalmente, no implica una exhibición pública. Igualmente, la pena puede ser evitada, y la tradición familiar o del grupo al que se pertenece no necesariamente es el motivo determinante para el cumplimiento. Más bien los ciudadanos que pagan impuestos lo hacen porque tienen la convicción de que, al hacerlo, están colaborando en la construcción de una mejor sociedad.

Y si bien la tesis de Finnis también puede ser sujeta de críticas, hay más consistencia para defenderla. Es la razonabilidad la que da sustento a la actitud personal de cumplir las leyes. Y la razonabilidad es, en la visión de Finnis, el otro modo de designar a la moral. Cuál sea el contenido de esa moral es algo que sí le interesa a Finnis, pero no para establecer y determinar los mandatos específicos de ella, sino sólo para definir el camino: aquello que la razón descubre como bien y, consecuentemente, impera o mandata su realización.

4.3.5. Javier Saldaña Serrano

Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Autor de *Ética Jurídica* y de *Ética del Ministerio Público. Virtudes ministeriales*, ambos editados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Participó con una colaboración en el libro *Ley, Moral y Razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley Natural y Derechos Naturales* (2013)

4.3.5.1. Exposición

La falacia naturalista: derivar el deber del ser, la planteó Dave Hume en el *Treatise of Human Nature*. Y “los más importantes pensadores de corte iuspositivista, y en general todos aquellos teóricos que se inscriben en un no cognotivismo ético, la han esgrimido como uno de los recursos más importantes y eficaces contra la ‘extraña’ figura del derecho natural. En uno y otro sentido, todos los críticos de este derecho han empleado dicho argumento para desacreditarlo.”¹¹⁸²

Hans Kelsen esgrimió la falacia naturalista cuando escribió: “Nadie puede negar que la afirmación de que ‘algo es’ –esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que ‘algo debe producirse’, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma; y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse que algo sea.”¹¹⁸³

¹¹⁸² SALDAÑA SERRANO, Javier: *Descripción vs valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/8.pdf> (16 julio 2015). Pág. 73-74.

¹¹⁸³ *Ibidem*, citando a Kelsen en *La Teoría Pura del Derecho*. Pág. 74.

“El profesor Finnis acepta que el principio expresado por Hume ha de reconocerse como verdadero y significativo.”¹¹⁸⁴ Lo que no implica que los autores importantes iusnaturalistas hayan derivado el “deber” del “ser”. Finnis insistirá en que su teoría tampoco hace tal derivación.

El fundamento para rebatir la falacia naturalista está, en primer lugar, en la distinción entre razón especulativa y razón práctica, “ambas con sus respectivos principios, evidentes por sí mismos y que sirven como puntos de partida en ambos razonamientos.”¹¹⁸⁵

Los principios de la razón práctica “expresan nuestra comprensión de un valor que puede proporcionar el punto de partida para razonar qué hacer. Así, por ejemplo, ‘el conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer’ o ‘estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser’.”¹¹⁸⁶

“Finnis explica en términos lógicos, específicamente a través del silogismo práctico, el ejemplo del conocimiento y de cómo aquí no existe una inferencia ilícita del ‘debe’ a partir del ‘es’: ‘1) Sería bueno averiguar la verdad sobre los supuestos principios de la ley natural; 2) Es probable que la lectura crítica me ayude a averiguar lo que quiero averiguar sobre estas materias; 3) Luego, a pesar de lo aburrido que es, lo leeré por completo y reflexionaré sobre sus argumentos.’

“Aquí, la primera de sus premisas se encuentra expresada a modo de un principio práctico y refleja un deseo inteligente ‘al referir su objeto (averiguar sobre la ley natural) a la forma inteligible y general de bien de la cual dicho objeto es una forma posible de participación y ejemplificación.’ La segunda de las premisas es un juicio de hecho sobre el libro, y finalmente, la conclusión expresa el curso de actuación que se seguirá. De este modo, el principio de razonamiento práctico, actuaría como el punto de arranque desde el cual el hombre comprende que su actuación tiene un fin al cual dirige su comportamiento. No siendo una regla, el principio sirve para orientar el razonamiento, y ‘puede concretarse (más que ‘aplicarse’) en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos.”¹¹⁸⁷

En segundo lugar, la falacia naturalista la ataca Finnis aduciendo que la “naturaleza” se conoce desde dentro, y no desde fuera. Es decir, no con una reflexión ontológica, sino una de carácter gnoseológico.

Javier Saldaña reconoce que incluso algunos autores iusnaturalistas aceptan que la ley natural sí se deriva del conocimiento ontológico de la naturaleza. “Grisez,

¹¹⁸⁴ *Ibidem*, Pág. 75.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, Pág. 76.

¹¹⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 76.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, Pág. 77.

y con él Finnis, dicen estos autores, erigen ‘una pared separando la razón práctica de la teórica, la ética de la metafísica, la naturaleza de la moral, el ‘ser’ del ‘deber ser’.’”¹¹⁸⁸

Por lo que, según ellos, “sin el recurso y apelación a la naturaleza humana y en definitiva a la metafísica que revela hechos propios de tal naturaleza, no se ve cómo sea posible fundar una ética sólida. De este modo y para estos autores, no hay ningún proceso indebido de inderivalidad en el recurso antecedente a la naturaleza humana, porque la propia naturaleza contiene ya una fuerte carga deóntica, es decir, en el propio ‘ser’ de tal naturaleza existe ya latente el ‘deber ser’.”¹¹⁸⁹

Para Finnis, lo anterior implica una indebida derivación de principios deónticos de principios ónticos. Como ya se ha dicho, Finnis no desconoce la realidad de la naturaleza humana. Lo que niega es que, para efectos de la razonabilidad práctica, aquella sea objeto de conocimiento externo, como si fuera un ente, una cosa dada, un “ser”. Para Finnis “la naturaleza humana se conoce desde dentro, desde su vital ejercicio, sin necesidad de una deducción metafísica. Aquí, la razonabilidad práctica de la persona se funda en unos primeros principios, los cuales son inderivados y se caracterizan por tener por objeto solamente bienes humanos básicos.”¹¹⁹⁰

Estos primeros principios no son inferidos y derivados de nada: ni de ninguna especulación metafísica ni de conocimientos sobre la naturaleza del bien y del mal ni de una concepción teleológica de la persona ni de la función de la naturaleza humana.

Los primeros principios son evidentes; y, por tanto, inderivados. “Se conocen por actos no inferenciales de comprensión en los cuales aprehendemos objetivos o propósitos como valederos en sí mismos. Las razones más básicas para la acción son aquellas cuya inteligibilidad no depende de razones más profundas o aún más fundamentales. Como razones básicas no pueden ser derivadas ya que no existe nada más fundamental que pudiera servir como premisa para una derivación lógica. De modo que deben ser autoevidentes.”¹¹⁹¹

“En definitiva, en la acción humana, lo correcto moralmente y su contrario no son inferidos de una noción *a priori* de naturaleza humana, sino de lo que es razonable moralmente en orden a la consecución o preservación de un bien. Finnis lo deja claramente establecido al señalar que para el Aquinate

¹¹⁸⁸ *Ibidem*, Pág. 77, citando a Henry Veatch.

¹¹⁸⁹ *Ibidem*, Pág. 78.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, Pág. 79.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, Pág. 80, citando a Robert P. George.

descubrir qué es lo correcto o incorrecto no es preguntarse por si está o no de acuerdo con la naturaleza del hombre, sino si tal acción es o no *razonable*.”¹¹⁹²

4.3.5.2. Comentario a la exposición de Javier Saldaña

La exposición de Saldaña se centra en la objeción humeniana y la forma en que Finnis explica que su teoría, como por lo demás la teoría tomista, no cae en esta falacia. Que el iusnaturalismo auténtico jamás hace derivar el “deber” del “ser”.

Saldaña ilustra, a mi parecer de forma clara, cómo la razón práctica es la que impulsa a la realización del bien captado, de manera inmediata y de forma inderivada, por la razón especulativa. Y cómo ésta conoce ciertamente la naturaleza humana, pero no desde la perspectiva de alguien ajeno, como si se tratara de un objeto puesto bajo la lente de del microscopio del científico. La razón especulativa conoce la naturaleza humana en la actuación de ésta, en las operaciones racionales, en la implicación de la propia razón en su mismo quehacer.

En tal sentido, no es un ente, un “ser” simplemente que exige, como sí lo exige, su afirmación en cuanto tal; sino que este “ser” actuante conoce, o con otras palabras, se encuentra con la evidencia, en exclusiva, de que el bien debe ser hecho; y de que ese bien no es algo físico, algo “natural”, sino una realización, un acto libre en la consecución de la propia realización personal. Por eso, lo bueno no es lo que es conforme a la naturaleza humana, sino aquello que es racional, tal y como Saldaña señala, citando a Tomás de Aquino.

Los *principia per se nota* no se aprehenden al poner por objeto del conocimiento a la naturaleza humana, sino en la operación intelectual, propia de dicha naturaleza. Distinción fundamental que nos mantiene dentro de la lógica y fuera de la falacia humeniana.

4.3.6. Robert P. George

Profesor de Jurisprudencia en Princeton University y profesor visitante en la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Fue discípulo de Finnis en Oxford, donde obtuvo su grado de doctor en filosofía. Ha sido considerado como uno de los pensadores “católicos conservadores” más influyentes en los Estados Unidos de América, y uno de los doctrinarios más respetados en el campo del derecho. Algunos títulos de sus libros son: *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 1992; *Natural Law and Moral Inquiry: Ethics, Metaphysics, and Politics in the Work of Germain Grisez*, 1998; *Moral Pública: Debates Actuales*, 2009.

4.3.6.1. Exposición

Robert P. George defiende, contra positivistas y contra algunos iusnaturalistas, la inderivalidad de los principios básicos de la razonabilidad. En un

¹¹⁹² *Ibidem*, Pág. 83.

artículo publicado en *Natural law theory. Contemporary Essays*. Oxford University Press, 1992. Págs. 31-41¹¹⁹³, argumenta a favor de la teoría de Grisez, de Finnis y de todos los que siguen al primero. Comienza exponiendo las críticas que se hacen a éstos.

“Según Weinreb, las teorías deontológicas modernas sobre la ley natural como la de Grisez difieren de las teorías ontológicas clásicas y medievales de la ley en que las teorías deontológicas descartan la idea de ‘un orden normativo natural’. Son teorías de ‘ley natural que no toman en cuenta la naturaleza’. Las teorías de este tipo tratan de identificar principios de ley natural sin derivarlos de la naturaleza. Sus defensores se excusan de proveer bases metafísicas u ontológicas para las proposiciones morales que defienden. Según la opinión de Weinreb, pagan un alto precio por rechazar el debate desde las premisas metafísicas u ontológicas, ya que se ven forzados a basarse, como Weinreb supone que Grisez, Finnis y sus colaboradores lo hacen, en afirmaciones inviables de que ciertas proposiciones de la teoría normativa política y ética, son verdaderas en su autoevidencia.”¹¹⁹⁴

George presenta también las críticas que desde la vertiente iusnaturalista se han hecho a la doctrina de Grisez y Finnis: “Otro pensador, Henry Veatch... (afirma que) Grisez y Finnis sostienen ‘la absoluta independencia de la ética sobre la metafísica, o de la moral con respecto al conocimiento de la naturaleza’ con el fin de que ‘los principios de moral y ética no sean considerados en ningún sentido como principios de ser o de naturaleza.’ Por lo que Veatch sugiere que la teoría sobre la moralidad que proponen, sean cuales fueren sus méritos, no constituye una teoría sobre *ley natural*.”¹¹⁹⁵

Según Geroge, “es obvio que los críticos neoescolásticos de Grisez argumentan que la ‘falacia’ naturalista no constituye falacia alguna, dado que los hechos sobre la naturaleza humana sobre los que se esfuerzan en inferir normas de moralidad están, según ellos, imbuidos de valor moral. Veatch, por ejemplo, defiende el enfoque neoescolástico porque el mismo ‘es’ de la naturaleza humana tiene en su esencia un ‘debe’. Por ende, uno descubre lo que uno debe hacer mediante la comprensión de la naturaleza humana en sí.”¹¹⁹⁶

Los detractores de la teoría finnisiana han llegado, incluso, a calificarla de humeana: “Ralph McInerny... (afirma) que Grisez y Finnis sostienen una visión ‘humeana’ del razonamiento práctico, ‘que considera que el conocimiento sobre el

¹¹⁹³ Este artículo fue traducido por Diego Rufet, y publicado en el Boletín mexicano de derecho comparado. Mayo-agosto 2004. Pág. 597-610. Nueva Serie. Año XXXVII. Número 110. <file:///C:/Users/Ru/Documents/ROBERTpGEORGESfinnis.pdf>

¹¹⁹⁴ GEORGES P., Robert: *Op. Cit.* Pág. 599.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, Pág. 599-600.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, Pág. 601.

mundo no hace al ['razonamiento práctico']. Por razones obvias, una teoría de razonamiento filosófico práctico que se ufana de identificarse con los principios de filosofía práctica de David Hume, no puede ser considerada una teoría de ley natural.”¹¹⁹⁷

El denominador común en todas las críticas sobre la inderivabilidad de los principios básicos es, según estos autores: “la metafísica, en particular la rama de la metafísica que estudia al hombre, precede a la ética. La antropología metafísica revela los hechos inherentes a la naturaleza humana; la ética, entonces, prescribe o proscribire posibles actos (o tipos de actos) sobre la base de su conformidad con estos hechos o falta de ella.”¹¹⁹⁸

“Grisez y sus colaboradores rechazan este enfoque por varias razones. Primera y principal: sostienen que encierra la ‘falacia naturalista’ de querer inferir normas morales de hechos referidos a la naturaleza humana. Por lógica, una conclusión válida no puede anteceder lo que no esté en las premisas. Grisez y sus seguidores insisten, por lo tanto, en que, en tanto que las conclusiones morales establezcan razones para la acción, sólo pueden originarse en premisas que incluyen razones aún más fundamentales para la acción. No pueden originarse en premisas (es decir, en hechos de la naturaleza humana) que no incluyen razones para la acción.”¹¹⁹⁹

George comenta que “Finnis ha explicado prácticamente la relación entre moralidad y naturaleza, distinguiendo el modo ‘epistemológico’ del ‘ontológico’ de análisis...”

“... llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, de las que llegamos a saber conociendo sus actuaciones, que a su vez conocemos mediante el conocimiento de sus objetos, y los objetos... son precisamente los bienes humanos primarios (por lo tanto convengamos en que un adecuado y completo conocimiento de la naturaleza humana se deriva de nuestro conocimiento práctico no derivado –*naturaleza per se*- de los bienes humanos).”¹²⁰⁰

Para Finnis, “sólo las razones más básicas para la acción son autoevidentes. Estas razones brindan sólo las premisas más básicas para los argumentos morales. En realidad, las cuestiones morales se originan por la diversidad de razones básicas para la acción.”¹²⁰¹

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, Pág. 600.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 600.

¹¹⁹⁹ *Ibidem*, Pág. 600.

¹²⁰⁰ *Ibidem*, Pág. 604.

¹²⁰¹ *Ibidem*, Pág. 606.

Ahora bien, “Si Grisez y sus seguidores están en lo correcto al sostener que las razones básicas para la acción no están derivadas de los hechos de la naturaleza humana ¿cómo se conocen estas razones? Se conocen por actos no inferenciales de comprensión en los cuales aprehendemos objetivos o propósitos como valederos en sí mismos. Las razones más básicas para la acción son aquellas cuya inteligibilidad no depende de razones más profundas o aún más fundamentales. Como razones básicas no pueden ser derivadas ya que no existe nada más fundamental que pudiera servir como premisa para una derivación lógica. De modo que deben ser autoevidentes.

“Sólo los bienes intrínsecos, es decir, las cosas que son inteligiblemente deseables en sí mismas, pueden constituir razones básicas de acción...”¹²⁰²

George sostiene que lo anterior no implica que Grisez y Finnis nieguen la relación de la naturaleza con los bienes. “... no excluyen de que el bien humano básico o las normas morales están basadas en la naturaleza humana o tienen conexión con ella.”¹²⁰³

El que los primeros principios sean autoevidentes, significa que para Finnis ¿estos principios “(y las normas morales cuya derivación posibilitan) no pertenecen a la naturaleza humana? La respuesta es que no. En este punto se manifiesta que sólo aquello que contribuye al perfeccionamiento humano puede ser considerado como digno de valor. Los bienes intrínsecos son razones básicas de acción precisamente porque son aspectos (intrínsecos) del bienestar y la satisfacción humana. Como perfecciones humanas, ‘los bienes básicos’ pertenecen a los seres humanos en razón de ser parte de su naturaleza.”¹²⁰⁴

4.3.6.2. Comentario a la exposición de Robert P. George

También Roberto P. George, como Javier Saldaña, se centra en la objeción humeniana, y cómo, incluso en el bando del iusnaturalismo, se ha criticado a Finnis por su rotunda afirmación de que el “deber” no puede derivar del “ser”. Estos iusnaturalistas consideran que Finnis huye del fundamento metafísico y no quiere o pretende no ver que en la propia naturaleza humana del “es”, se incluye un “debe”, porque la naturaleza del hombre no es simplemente como la naturaleza de las demás cosas. Es actuante.

La exposición de George resalta este punto de quiebre en las teorías iusnaturalistas: los que sostienen que la objeción humeniana es inválida porque sí existe, sólo en la naturaleza humana, una exigencia de deber. Y los que sostiene, como Finnis, que David Hume, en este punto, tenía razón, y que es una falacia

¹²⁰² *Ibidem*, Pág. 603.

¹²⁰³ *Ibidem*, Pág. 601.

¹²⁰⁴ *Ibidem*, Pág. 603.

derivar el “deber” del “ser”. De acuerdo a George, Finnis no niega el conocimiento metafísico que defienden los primeros. Lo que no acepta de ellos es que pongan al margen la vía para evitar la objeción de Hume. Esto es, que no le den importancia a la operación racional en la que el conocimiento, propio de la naturaleza racional del ser humano, al encontrarse con la evidencia de los primeros principios, hace surgir en la razón práctica la propuesta de acción: el debe. “Deber” que no tiene su origen en un “ser”, sino justamente en ese acto, en esa operación racional que se topa con el bien, con la verdad, e impulsa a realizarlo.

La exposición del argumento de Finnis de que si las premisas no contienen la conclusión, entonces ésta es inválida, resulta clarificante. El “debe” de la conclusión tiene, lógicamente, que estar comprendido en las premisas. Y estas premisas son la principios de la razonabilidad práctica.

Robert P. George nos pone, pues, ante los ojos cómo la teoría finnisiana no sólo es motivo de análisis y crítica desde el iuspositivismo, sino también desde algunos sectores del iusnaturalismo.

4.4. AUTORES QUE CRITICAN LA TEORÍA FINNISIANA

4.4.1. Nathanael Blake

Graduado de la Catholic University of America. Doctor en Teoría Política. En octubre del 2012 escribió *Natural law and history: challenging the legalism of John Finnis* (Essay).

4.4.1.1. Exposición

Blake, en su artículo *Natural Law and History: Challenging the Legalism of John Finnis*, publicado en *Humanitas*¹²⁰⁵, de la Universidad Católica Americana, señala que el relativismo gnoseológico originó una renovada consideración de la teoría de la ley natural.

“It is a truism, but nonetheless true, that modern philosophical discourse revolves around the question of how (or if) real knowledge is possible. Philosophers from Jürgen Habermas to Alasdair MacIntyre have begun their own efforts to establish a tenable foundation by observing that there is no common agreement regarding the basis of knowledge, especially moral knowledge. MacIntyre concludes that much modern political and social debate is futile because the contending parties have incommensurable moral visions, with many declaring a relativism (at least when convenient) that precludes any movement towards common truth. One response to this epistemological predicament has been a revival of natural law theory, especially among political conservatives.

¹²⁰⁵ Cfr. <http://www.nhinet.org/blake24-1.pdf> (15 nov 2014)

“In particular, the new natural law theory, of which John Finnis is the foremost champion, seeks to avoid the epistemological pitfalls in which the scholastic version of natural law theory had previously become entangled. By focusing on experiential human goods, this approach to natural law (which Finnis considers to be in many ways a return to Aquinas) buttresses itself against the skeptical critiques that had pushed the scholastic natural law tradition aside”.¹²⁰⁶

Blake critica a Finnis, el más destacado en este nuevo giro, porque, según él, no logra salvar al iusnaturalismo de las críticas que siempre se le han hecho. En concreto en relación a la situación histórica de la existencia humana, a las decisiones morales tomadas en tal situación, y a la vulnerabilidad de la comunicación del entendimiento. “the new natural law theory remains vulnerable on several points. It remains prone to reifications that fail to account for the particularity of human existence and moral choices. It is also subject to a legalism that neglects the contingency of communication and understanding.”¹²⁰⁷

4.4.1.2. Teoría de Finnis

Blake indica que Finnis hace partir su teoría de la nueva ley natural de (i) un conjunto de principios básicos que señalan las formas fundamentales que el ser humano experimenta como realizables para el desarrollo de su propia personalidad (“These basic forms of the good, or principles of human flourishing, are life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability (friendship), practical reasonableness, and religion”¹²⁰⁸). (ii) Un conjunto de principios de la razón práctica que ofrecen los criterios para distinguir las acciones que se deben hacer de las que se deben evitar (“1. Harmony of purpose/a coherent plan of life. 2. No arbitrary preferences amongst values. 3. No arbitrary preferences amongst persons. 4. Detachment from particular realizations of good (avoiding fanaticism). 5. Fidelity to commitments (avoiding apathy and / or fickleness). 6. Efficacy (within limits). 7. Respect for every basic value. 8. Respect for community and the common good. 9. Following conscience and being authentic... there are certain absolute human rights, and certain acts against them are always and everywhere wrong. There cannot, however, be any such finality about what constitutes the good, for goods can be instantiated in innumerable ways in diverse situations. Thus, even if not all goods go together in the finitude of human existence, one must never act directly against a basic human good.”¹²⁰⁹) Y (iii) un conjunto de comportamientos morales generales

¹²⁰⁶ *Ibidem*. Pág. 101.

¹²⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 102.

¹²⁰⁸ *Ibidem*. Pág. 103.

¹²⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 103-104.

(“It is always unreasonable to choose directly against any basic value, whether in oneself or in one’s fellow human beings.”)¹²¹⁰

Finnis se declara como un restaurador y no un innovador del iusnaturalismo. Para él, Santo Tomás no fue lo suficientemente claro en su exposición de la ley natural. Esto produjo que sus comentaristas y la escolástica, en general, concluyera de diverso modo, y tergiversara la esencia de la teoría del derecho natural. Las críticas a esta teoría son críticas a la doctrina escolástica del derecho natural y no son válidas con respecto a la auténtica teoría iusnaturalista.

“Finnis’s approach to natural law tries to neutralize many of the criticisms leveled against what is seen as traditional scholastic natural law theory... Thus, the difficulty in deriving “an ought from an is” (the fact-value distinction) does not trouble Finnis, for he makes no claim to be able to do such”.¹²¹¹

El derecho natural está por encima de la objeción humeniana de que no se puede deducir el “deber ser” del “ser”. Finnis afirma que su teoría, en consonancia con lo dicho por Tomás de Aquino, no deduce lo que hay que hacer analizando la naturaleza del ser humano (viendo lo que es acorde con ella), sino preguntándose sobre lo que es racional hacer o dejar de hacer.

Finnis critica el racionalismo de Vázquez y Suárez. Éste hace consistir el acto moral en lo que es conforme a la razón. Mientras el Aquinate, lo entiende como el acto de la razón práctica que primero se pregunta qué es lo que conviene a la realización de la persona, y luego decide perseguir y ejecutar dicho acto.

También la crítica moderna al iusnaturalismo de que no puede determinarse, ante la múltiple variedad de las culturas, lo que es el bien, en forma absoluta, encuentra respuesta en la teoría finnisiana. El argumento de Finnis es que las formas básicas de bien para ser realizadas por el hombre están en todas las culturas y en todas las sociedades, aunque a veces se oculten por conveniencia, falta de conciencia o distorsionen con otras formas de bien inmediato y material. Y contesta al relativismo, diciendo que su pretensión de ser verdadero es una afirmación de reconocimiento de que no todo es relativo. Además, afirma que las formas básicas de bien son queridas no porque se consideren bienes sino porque se descubren como bienes. En otras palabras, el bien se desea porque es bueno; no porque se le atribuya la calidad de bueno.

Blake considera que la nueva teoría del derecho natural, y la de Finnis, en particular, es un ingente esfuerzo por mantenerse incólume entre el relativismo y el racionalismo teórico. Lo señala de esta forma: “While the new natural law theory is

¹²¹⁰ *Ibidem*. Pág. 105.

¹²¹¹ *Ibidem*. Pág. 105.

an impressive attempt to navigate between the Scylla and Charybdis of relativism and abstract rationalism...”¹²¹²

4.4.1.3. *Critica a la Teoría de Finnis*

Blake considera que el esfuerzo de Finnis no logra convencer sobre la universalidad de los valores y que sus principios absolutos sólo pueden sostenerse por referencia a la fe y no a la razón. “John Finnis has sought to retrieve the natural law tradition from the rationalistic tendencies that had come to characterize it, and to this end he has emphasized practical reason and experiential human goods over questions of ontology and teleology. However, his attempt to avoid both a hierarchy of goods and consequentialism has led to statements of universal ethical norms that cannot be sustained by practical reason, but only by faith”.¹²¹³

Así mismo, Blake piensa que la teoría finnisiana carece de consideración hacia la tradición y hacia el elemento histórico de la condición humana. Primero, porque Finnis excluye a los ignorantes y/o inmaduros del conocimiento de las formas básicas de bien y de las exigencias de la razón práctica. Y, segundo, porque dicha exclusión remite a Finnis al campo del ‘idealismo’ del cual pretende eludirse. Pero el hecho de marginar a los que no son sabios o prudentes, hace de Finnis un aristócrata de la moral.

Finnis reconoce que los principios de las formas básicas del bienestar humano no son innatas y no vienen dadas o se captan de forma inmediata, sino que requieren de cierto conocimiento y experiencia. “...they come to be known over time as one grows and has both experience and instruction regarding human goods”.¹²¹⁴

Por lo tanto, el universalismo en el que Finnis pretende fundar su teoría (principios y formas básicas de la racionalidad), se ve diluido, primeramente, por esta necesidad de conocimiento y experiencia. Y, en segundo lugar, porque Finnis, al rehuir también el idealismo (“Finnis sets himself against idealism, at least of a sort, writing that ‘a theory of justice is to establish what is due to individuals in the circumstances in which they are, not in the circumstances of some other, ‘ideal’ world...’”),¹²¹⁵ necesariamente tendría que tener en cuenta las circunstancias históricas concretas de los hombres.

Blake critica la pretensión de universalidad en las normas morales que pregonan Finnis. Partiendo de la regla de oro: de no hacer a otro lo que no quieras que

¹²¹² *Ibidem*. Pág. 108.

¹²¹³ *Ibidem*. Pág. 124.

¹²¹⁴ *Ibidem*. Pág. 109.

¹²¹⁵ *Ibidem*. Pág. 109.

te hagan a ti, Finnis deduce que esta regla es universal, y que la observancia de la misma busca el bien común, que no es la suma de muchos bienes ni tiene que ver con el utilitarismo, sino que es la integración en un todo de los bienes básicos que permiten la realización del ser humano. Blake afirma que no es como Finnis piensa. Ya que la regla de oro no induce a cuestiones abstractas ni a reglas morales generales y universales. Dice que la misma parábola evangélica del buen samaritano lo que enseña es que debemos ayudar al ser concreto que está cerca de nosotros y en estado de necesidad.

“The neighbor one loves as one loves oneself is a particular person in need of particular goods, not an abstract universal. In the parable which illustrates the rule, the neighbor is the person right in front of one (literally, in the parable) in need of help. The demand to treat others as we would be treated does not necessarily lead to reflection on universal norms, but rather on the specific situations of those with whom we are interacting. Furthermore, fair impartiality is at most an approximation, for it is something that no human can reach, nor is it clear that it would be desirable to do so were it possible”.¹²¹⁶

Blake indica que Finnis llega a un absolutismo de las normas morales, tal que no le importa afirmar que existe un gran número de prohibiciones que siempre, en cualquier circunstancia, hay que observar. “These prohibitions preclude acts that are always against a basic good, regardless of the situation or consequences. Let justice be done though the heavens fall (or more accurately, never act directly against a basic human good though the heavens fall) is his cry”.¹²¹⁷

Blake insiste en que es imposible aplicar el rigorismo absolutista de Finnis. Como ejemplo de ello, anota la prohibición de mentir, siempre en cualquier circunstancia: “The difficulty of Finnis’s universalism and moral absolutism is clearly seen when applied to actual human experience, such as his total prohibition against lying. Citing Aquinas, he writes that, ‘It is always wrong to lie. It is wrong to lie to enemies in war. It is wrong to lie to save oneself or one’s client from unjust conviction and execution. Or to save some other person or group from destruction by genocidal killers who have no right to be told the truth.’ However, one is not under an obligation to always tell the truth, for ‘it can be right to ensnare the enemy’s forces by deliberately deceptive manoeuvres, ruses, and ambushes. . . . As for killers to whom one must not lie, one normally has a strong obligation to frustrate their purpose by silence, defiance, concealment, distraction, force, or any other morally acceptable means.’ This distinction between direct and indirect or implied deception is all-important for Finnis, and holds even in the most drastic situations. For Finnis there is no ‘Anne Frank exception’ to the prohibition against lying. Even in the extreme case of a Gestapo agent’s asking the whereabouts of Jews, one may only engage in distraction or diversion; there is an absolute ban on directly lying.

¹²¹⁶ *Ibidem*. Pág. 111.

¹²¹⁷ *Ibidem*. Pág. 111-112.

“However, the full consequences of Finnis’s dogmatism are perhaps better seen in less extreme examples: the undercover investigator who gives a false identity; the spy who concocts a convincing back story; the counter-intelligence officer who passes false information to the enemy; the police officers setting up a sting—Finnis condemns them all. For Finnis, in lying, ‘what purports to be a relating of mind to mind and thus of person to person—the relationship whereby self discloses self to another—is in reality made to be not that relationship at all but an act of *duplicity*, the presentation to another person of a pretended mind and heart.’ This duplicity is absolutely wrong, for though ‘one can rightly ‘hide oneself’ by one’s silence... *if* one does make an act of communication which, because assertive in its meaning, is purportedly self-disclosing, one should never make it the duplicitous act of projecting for acceptance (belief) a phony self while actually remaining hidden behind one’s pretended self-disclosure.’ Thus, while a spy or soldier behind enemy lines (say, Col. Robert Hogan in the classic television show about plucky Allied POWs in the Second World War) could wear an enemy uniform, speak the enemy’s language, carry enemy equipment, etc, in order to deceive, he could not say his name was Hans Schultz. While some could occasionally get by with mere misdirection, much normal police work, let alone espionage, would be crippled by such an absolute prohibition on lying. However, a good deal of deception would still take place, with ever-finer legalistic logic chopping to exploit the distinction between direct lying and indirect deception. Thus, the new natural law would become inextricably entangled in the sort of casuistry that Finnis had hoped to leave behind.

“This prohibition is troublesome not only because Finnis allows that intent to deceive may be morally licit, but also because there is no obvious reason why the experiential human goods demand such an idealistic ethic. The basic good that is harmed by a lie is community (otherwise described as sociability or friendship), but Finnis does not adequately connect the good of community with an absolute prohibition on lying. Finnis instead argues that to engage in duplicity is to affirm, to some extent, the views of the wicked.

“But this is nearly a call for martyrdom. The individual and his neighbors would suffer, and the basic good of community would very likely be harmed... Finnis’s adherence to a perfect standard of personal purity, and his appeal to the inscrutability of the future, has become a quasi-religious submission to duty and trust in an implicit Providence... This perfectionist, impractical ethic comes from Finnis’s insistence that the basic goods are all equally important and worthy of respect. Even though Finnis acknowledges the obvious reality that no one can pursue all basic goods equally in life, he insists on martyrdom rather than acting directly against a basic good”.¹²¹⁸

Lo más que puede hacer una persona es evadir las preguntas o guardar silencio, pero no mentir. Dos son los argumentos con que Blake ataca a Finnis: el primero, es que es muy difícil encontrar la diferencia entre mentir y evadir; y, segundo: que no hay argumento suficientemente fuerte para señalar que la conducta de no mentir traiga consecuencias negativas al bien común. Luego, Blake añade que

¹²¹⁸ *Ibidem*. Pág. 112-113

Finnis, con su postura absolutista, se coloca en una posición religiosa, pidiendo a todos el martirio, cuando el hombre común y corriente no está ciertamente en ese nivel.

Para refutar los principios y normas morales finnisianas, Blake recurre a Kierkegaard: “But God is not something external like a police constable. What one must look to is the fact that the self has the conception of God and nevertheless does not do what God wants, that the self is disobedient. Nor is it just now and then that God is sinned against, since every sin is before God; or rather, what really makes human guilt into sin is that the guilty person was conscious of being before God.” (Søren Kierkegaard, *The Sickness unto Death*, translated by Alastair Hannay (London: Penguin Books, 2004. Pág. 112) “Stripped of over religiosity, the idea may be expressed by saying that the real problem of wrongdoing or wickedness lies not in an insufficiently understood system of universal ethics but in the deliberate doing of wrong even though the good was perceptible in a particular situation (or one may also sin through the deliberate forming and continuation of habits that render particular goods imperceptible)”.¹²¹⁹

La falta moral, o pecado, no es objeto tanto de la inteligencia, sino de la voluntad. No es entender primero qué es lo correcto o lo incorrecto, sino querer lo que Dios quiere, en la terminología de Kierkegaard. Por lo tanto, no se trata de un conjunto de normas abstractas, sino de un querer, en cada momento, hacer lo que Dios quiere.

“What is needed to behave in a moral manner is not adherence to an objective formulation of morality but a conversion of the will by the grace of God”¹²²⁰ Es una experiencia subjetiva. No obstante, ahora con la ayuda de las ideas de Gadamer sobre el lenguaje, Blake añade que esa experiencia subjetiva no tiene que ser relativa, dado que se da en una relación intersubjetiva: “As Kierkegaard understood, truth is subjective, but it is inter-subjective, existing between man and God and man and man. This truth exists not in universal formulations eternally valid but within the particulars of each situation, communicated between God and man but also between man and man. It is through particularity that truth is open to us. As Gadamer puts it, ‘Precisely through our finitude, the particularity of our being, which is evident even in the variety of languages, the infinite dialogue is opened in the direction of the truth that we are.’ Truth is found through participation in existence, not in an objective observational point outside of it”.¹²²¹

Contrario a lo que afirma Finnis, la Ley natural no debe pensarse como un conjunto de disposiciones objetivas, válidas de forma universal, sino como algo que

¹²¹⁹ *Ibidem*. Pág. 120.

¹²²⁰ *Ibidem*. Pág. 121-122.

¹²²¹ *Ibidem*. Pág. 126.

se conoce en cada momento por cada individuo (subjetivismo), y comunicada a los otros con las limitaciones del lenguaje y de las circunstancias históricas de cada momento. “This approach to natural law would not be objective and reifying, but neither would it be relativistic. Rather, it would acknowledge that truth and goodness are real, and are particular and communicative, realized within historical circumstance... “Truth must always be spoken into particular circumstances, which means it must constantly be renewed by reinterpretation and restatement”.¹²²²

Blake añade que el mismo concepto de ley entraña la idea de generalidad. Y, que, por lo tanto, no puede prever todos y cada uno de los casos a los que ha de ser aplicada. Por eso, se trata: primero, de un conocimiento subjetivo, en lo que dice, coincide con Finnis, porque éste habla de los formas básicas del ser humano que pueden ser conocidas por la razón humana, de aquellos que tienen cierta experiencia y conocimiento. Y, segundo, de un conocimiento que es comunicable dentro de los límites del lenguaje y de la historicidad. Y, en ello, diverge de Finnis, quien afirma que las formas básicas y los principios básicos de la razonabilidad práctica son los mismos siempre y en todas circunstancias. “We understand particular truths as they are subjectively accessible within our existence or communicatively conveyed to us. This tradition-sensitive view of natural law would not reject general statements or principles, but it would recognize them as the communicative tools they are, meant to convey no more than subjective truth to individual men and women in their particular circumstances. It would not reify them into everlasting formulas. Truth must always be spoken into particular circumstances, which means it must constantly be renewed by reinterpretation and restatement... There is, in natural law theories, a tendency to ignore the very metaphor from which they take their name. A law is never able to fully comprehend all the particulars that it seeks to govern”¹²²³.

4.4.1.4. Comentario a la Exposición de Nathanael Blake

Blake critica básicamente dos cosas a Finnis: (i) la universalidad y objetividad de las normas morales y/o ley natural. Y (ii) el rigorismo en la observancia de esas normas. Sobre lo primero, Blake rechaza la aristocracia finnisiana del conocimiento de las formas básicas: hay que tener cierta experiencia y prudencia (*spoudaios* aristotélico). Pero Finnis lo que afirma no es que la ley natural esté sólo disponible para los sabios y prudentes, sino que es accesible universalmente. Sólo que hay muchas personas que ni están dedicadas al estudio, ni están ocupadas ni preocupadas por discernir cuál es la conducta que deben tener en cada momento. Por eso, precisamente, una de las funciones de la ley positiva es la de facilitar la seguridad y proporcionar una directriz a todos los que están más involucrados en las tareas inmediatas de la vida que en la especulación reflexiva.

La tesis de Finnis, contrario a lo que señala Blake, no sostiene una moral de los mejores. Simplemente expone, tal y como es la realidad, que quien está abocado

¹²²² *Ibidem*. Pág. 129-130.

¹²²³ *Ibidem*. Pág. 129-131.

al estudio y preocupado por discernir la conducta correcta de la incorrecta, la acción buena de la mala, está en mejores condiciones de captar las formas y principios básicos de la racionalidad.

Tan sencillo como esto: quien se dedica a la mecánica automotriz está habituado y le resulta mucho más sencillo, casi un asunto de inmediatez, “descubrir” por qué el automóvil tira aceite. En cambio, el lego, el que simplemente usa el coche para trasladarse a su trabajo, ve un problema, casi insoluble, “descubrir” el desperfecto mecánico que tiene su auto. Si Blake tuviera razón, tendríamos que decir que todas las profesiones, todos los oficios, todas las ocupaciones son aristócratas. Y puede ser que lo sean, en el sentido que lo estamos señalando; pero no, en el sentido en que Blake orienta su crítica a la teoría finnisiana.

En cuanto a la objetividad de los valores, Blake la niega, fundándose en las circunstancias particulares que cada ser humano vive. Si las circunstancias no son iguales para todos, entonces, no pueden existir valores universales. Lo que Blake olvida es que la universalidad no depende de las circunstancias ni de la historicidad, sino de la esencia del ser humano; de su racionalidad. En todos los tiempos, en todas las circunstancias, por distintas que sean, siempre será verdad que la razón se “topa” con la verdad-bien, y hace surgir, en la razón práctica, el mandato para la realizarlo. Por eso, entendemos los sentimientos, las actitudes, los heroísmos y las villanías expresadas en las obras literarias de las culturas antiguas como de las modernas; la de los pueblos lejanos y la de los cercanos; la de los hombres de una raza distinta a la nuestra, y la de los de la propia.

La segunda crítica: el rigorismo moral de Finnis, ejemplificado en la prohibición de no mentir. Primero, Blake cita la exposición que Finnis realiza de la doctrina de Tomás de Aquino sobre el tema. No es algo que Finnis lo trate en *Natural Law and Natural Rights*, sino en su obra *Aquinas*. Por tanto, al ser exposición del tomismo, no es algo que Finnis esté afirmando y/o aceptando como idea propia.

En segundo lugar, Finnis expone y señala que Tomás de Aquino pretende hacer ver que la veracidad es una cuestión de comunicación: hacer ver (comunicar) de cualquier manera –con palabras o con actitudes– a otro u otros lo que no piensa ni cree ni considera que es verdad, es mentir. Es una cuestión de honestidad, más que de justicia. Me parece, entonces, que Blake descontextualiza la cita que refiere para criticar a Finnis.

Pero, en realidad, el heroísmo en las virtudes, como la honestidad, no es algo extraño. Consideramos, valoramos y admiramos a una persona por su honestidad. Y nos resulta, quizás normal por lo frecuente de la práctica, pero no digno de valor al que con engaños se hace de algo, o busca el poder a base a mentiras. No nos sentimos inclinados a aceptar como “buena” la práctica basada en la repetición de una mentira hasta que se convierta, en la conciencia de la mayoría, en una “verdad”.

Finnis no dice lo que Blake afirma que dice. La siguiente cita confirma lo anterior: “As we have said, and Aquinas makes clear, there are countless occasions

when one has no obligation to make any self-disclosure or indeed any communication at all to others or to some other(s), and many occasions when one has an obligation, sometimes very strong, not to do so.”¹²²⁴

Y en cuanto a la táctica de retiro en una batalla para emboscar al enemigo cuando éste persigue a los que han simulado la retirada, Finnis simplemente dice que Tomás de Aquino considera que ello no es un acto de comunicación. Y al no ser un acto de comunicación no tiene que ver con la honestidad. Por lo que respecta a la información requerida por el agente de la Gestapo para retener a un judío, por ejemplo, Finnis también refiere lo dicho por Tomás de Aquino: “If one is stopped in the street and asked whether one knows where any personas of a certain type (say, Jews or gypsies) are hidden, a fitting reply is that one would never reveal the whereabouts of such people even if under torture... one ‘may rightly hide the truth reasonably under some concealment {sub aliqua dissimulatione}”.”¹²²⁵

Por tanto, la crítica de Blake, más que a Finnis es a Tomás de Aquino. Pero es una crítica descontextualizada, como ya he dicho. La virtud de la honestidad no tiene para nada el semblante grotesco que Blake pretende. Y si se trata de heroísmo, sí; efectivamente, cualquier virtud, lo requiere. La mediocridad no es la medida para calificar el valor del hombre virtuoso.

4.4.2. Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Es titular de la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Tiene abundante obra, tanto en libros como en artículos de revistas especializadas, sobre derechos humanos. Algunos títulos de sus libros: La razón de los Derechos; Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos Humanos; Principios Fines y derechos fundamentales. De sus artículos: La utilidad de los derechos humanos; Derechos humanos y bien común; y En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales.

4.4.2.1. Exposición

Para el Profesor Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, “lo peculiar de la filosofía de Finnis es su defensa de un iusnaturalismo no enfrentado al positivismo jurídico. “Argumenta que el positivismo jurídico malinterpreta la teoría clásica del Derecho natural cuando ve en ella una identificación del Derecho con principios morales, deducidos éstos a partir de datos sobre la naturaleza.”¹²²⁶

¹²²⁴ FINNIS, John: *Aquinas*. Oxford University Press 1998. Pág. 158.

¹²²⁵ *Ibidem*. Pág. 159-160.

¹²²⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín: *Anuario de Filosofía del Derecho X* (1993). Pág. 375. Cfr. [file:///G:/TESISdoc/Dialnet-EllusnaturalismoDeJohnFinnis-142246%20\(2\).pdf](file:///G:/TESISdoc/Dialnet-EllusnaturalismoDeJohnFinnis-142246%20(2).pdf) (17 noviembre 2014)

4.4.2.2. Teoría de Finnis

El derecho natural, en la teoría finnisiana, “es entendido como un conjunto de principios mediante los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social hacia la más plena realización de ciertos valores autoevidentes que conforman un bien común objetivo. En este planteamiento el bien no se conoce mediante un estudio de la naturaleza... El bien es simplemente la meta de toda conducta inteligente, y el objeto del Derecho natural es mostrar cómo mejor se satisface esa meta”.¹²²⁷

“La doctrina del Derecho natural que expone Finnis sostiene la existencia de: (a) un conjunto de principios prácticos básicos que identifican las formas básicas de la plenitud humana (*human flourishing*) como bienes que han de ser perseguidos y realizados; (b) un conjunto de exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica, que distinguen el pensamiento práctico consistente del inconsistente, y que permiten diferenciar entre actos razonables y no razonables, y así formular (c) un conjunto de criterios morales generales. Finnis habla de «razonabilidad práctica» (*practical reasonableness*) para referirse al proceso mental que permite concretar en forma de imperativos morales las determinaciones genéricas que el pensamiento práctico descubre en la acción humana”.¹²²⁸

“...lo novedoso de Finnis es su método para hallar ese núcleo central del Derecho. La esencia de su argumentación iusnaturalista consiste en: 1) constatar que ciertos bienes se le presentan al hombre de modo evidente como valores finales objetivos; 2) especificar las reglas del razonamiento práctico que dirigen a ellos del modo más pleno; 3) mostrar que la satisfacción de estas reglas requiere la existencia de comunidades con una autoridad respetada; y, finalmente, 4) indagar la obligatoriedad moral del Derecho emanado por dicha autoridad.”¹²²⁹

Para el Profesor Rodríguez-Toubes Muñiz, Finnis centra la defensa de la teoría clásica iusnaturalista en tres frentes.

El primero es la afirmación de que el “deber ser” no deriva del “ser”. Los principios de la ley natural son evidentes e indemostrables. Por lo tanto, no devienen como una conclusión de lo que la naturaleza del hombre es. “Tomás de Aquino se refiere a los preceptos de la ley natural como principios generales e indemostrables, y no como derivados de hechos, ni siquiera en cuanto proposiciones metafísicas sobre el hombre”.¹²³⁰

¹²²⁷ *Ibidem*, Pág. 275-376.

¹²²⁸ *Ibidem*, Pág. 376.

¹²²⁹ *Ibidem*, Pág. 377.

¹²³⁰ *Ibidem*, Pág. 379-380.

No es que se analice primero que en el hombre existe la tendencia al bien, y, de ello, se deduzca que el bien es lo que debe buscarse. Sino que lo que realmente señala la teoría de la ley natural finnisiana es que se da una intuición de la tendencia natural del hombre al bien. Y sólo entonces, se deduce que el hombre debe realizar el bien. “Según Finnis, ‘uno no juzga que ‘tengo [o todos tienen] una inclinación a investigar las cosas’ y después infiere que entonces ‘el conocimiento es un bien que ha de perseguirse’. Más bien uno capta, mediante un simple acto de comprensión no inferencial, que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un ejemplo de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros como uno)’.”¹²³¹

El segundo es el tema de la ley injusta, y la crítica que el positivismo hace al iusnaturalismo al negar obligatoriedad a una tal ley. “Finnis responde que éste no ha sido nunca un punto central de la tradición iusnaturalista, la cual, por el contrario, cuando habla de «leyes injustas», está reconociendo explícitamente validez jurídica a las normas inicuas. Para Finnis, la frase *lex iniusta non est lex* implica: a) que cierto contenido normativo tiene para alguna comunidad el estatuto de ley, en el sentido sociológico/histórico (creencias o prácticas) o intra-sistémico (adecuación a ciertos principios o reglas); b) que esa ley es injusta (en el sentido de la razonabilidad práctica); y c) que el principio de la razonabilidad práctica que atribuye obligatoriedad moral a las leyes no justifica o requiere la obediencia a esa ley concreta. Según él, el principio *lex iniusta non est lex* así interpretado es correcto, porque los mandatos contrarios al bien común carecen de la obligatoriedad moral que de otro modo tendrían por ser emanados de una autoridad”.¹²³²

Sólo cuando una ley, aunque sea formalmente válida y vigente en el sistema jurídico, atente contra el bien común, no existe obligación de obedecerla: *virtutem obligandi non habet*. Porque si la autoridad está para dictar leyes y aplicarlas, es en virtud del bien común. Si alguna o algunas leyes que ha dictado y pretende aplicar van en contra de los principios de la razonabilidad práctica, entonces, esas leyes son contrarias al bien común y, consecuentemente, son injustas. Por lo que no existe la obligación moral de obedecerlas. No obstante, son en cierto sentido “ley”, es decir, aplicando la analogía, son leyes en sentido secundario, y en un determinado momento, incluso estas leyes, para evitar un mal mayor, tienen que ser obedecidas. “Precisamente en virtud de que la ley injusta pertenece en definitiva al Derecho, Finnis admite -como Tomás de Aquino- la posibilidad de una obligación moral colateral de obedecerla para preservar la eficacia de un gobernante o un sistema jurídico por lo general justos”.¹²³³

El tercer frente es la defensa del iusnaturalismo a los señalamientos de que se basa en premisas que no puede demostrar que tengan sustento en la realidad o en una reflexión teórica lógica. “Finnis responde que lo que se afirma es sólo que

¹²³¹ *Ibidem*, Pág. 380.

¹²³² *Ibidem*, Pág. 381-382.

¹²³³ *Ibidem*, Pág. 382.

ciertas nociones son reconocidas por todos como verdad, sin que importe si las incluyen en la categoría filosófica de «autoevidencia». Añade que aun si identificamos como premisas autoevidentes las *propositio per se nota* de que habla Tomás de Aquino, éste declara que algunas de ellas tienen carácter autoevidente sólo para los sabios que entienden la significación de los términos. Además, Finnis observa que las disciplinas teóricas y las ciencias naturales se apoyan implícitamente en principios epistémicos indemostrados e indemostrables, autoevidentes en el sentido que le atribuye Tomás de Aquino a los principios de la razonabilidad práctica”.¹²³⁴

La teoría finnisiana efectivamente se basa en las formas básicas del bien de la persona humana; formas que la razón práctica, no la razón teórica, capta como inmediatas y evidentes. No son innatas, porque Finnis, como en general la filosofía aristotélico-tomista, acepta que todo el contenido del conocimiento nos llega a través de los sentidos. Estas formas básicas del bien son dadas en cuanto se pone en ejercicio la razón práctica: la visualización de lo que hay que hacer en cada momento, para alcanzar la plena realización humana.

“Esta captación de los valores básicos no se debe a intuiciones o a ideas innatas, sino a una reflexión que reconoce como obvias las formas básicas de la plenitud humana y, con ellas, los requisitos de la razonabilidad. Los valores básicos son principios indemostrables pero autoevidentes que modelan el razonamiento práctico y que no son sólo modos de procurar otros valores... Como ejemplo de esta reflexión, Finnis trata de mostrar la autoevidencia como valor básico del conocimiento, en el sentido de posesión de la verdad. Arguye que el conocimiento aparece como un bien intrínseco, un aspecto de la plenitud humana, que da sentido a cualquier actividad humana que lo persiga. No hay razones suficientes para dudar de esta característica; no puede demostrarse, pero no hace falta. No todos lo reconocen como obvio, sino sólo algunos; pero su validez no es convencional, sino objetiva; desafiarlo es descalificarse a uno mismo en la búsqueda del conocimiento, y negarlo es irrazonable. No afirmarnos que es un bien porque lo deseamos, sino al contrario. Es obvio que, en condiciones iguales, una persona bien informada está mejor, tiene más plenitud (más *perfectio*, en el sentido de Tomás de Aquino) que una ignorante”.¹²³⁵

Para el Profesor Rodríguez-Toubes Muñiz, Finnis parte de las formas básicas de bien de la persona humana. Formas que, como ya hemos visto, son autoevidentes. De estas formas, a través del ejercicio de la razón práctica, Finnis deduce las normas morales. “El siguiente paso en la argumentación de Finnis es obtener principios morales a partir de los anteriores valores básicos. Para ello acude al propio valor razonabilidad práctica,... la «razonabilidad práctica» es el modelo que permite pasar desde los principios prácticos pre-morales (a su vez determinaciones autoevidentes

¹²³⁴ *Ibidem*, Pág. 382.

¹²³⁵ *Ibidem*, Pág. 383.

del primer principio: «Ha de hacerse el bien», ha de actuarse con algún fin) hasta las normas morales.”¹²³⁶

Rodríguez-Toubes Muñiz refiere lo que Finnis entiende por justicia. Y cómo, en la teoría finnisiana, los derechos humanos son exigencias de la justicia. Pero, según lo entiende Rodríguez-Toubes Muñiz, para “explicar las exigencias de la justicia son preferibles estratégicamente los conceptos de deber, obligación o requisito”.¹²³⁷

Para explicar el tema de los derechos humanos, Finnis emprenda un análisis lingüístico del término “derecho”: una relación bilateral con una acción como objeto de dicha relación. Y “los derechos” son “como beneficios que las normas conceden a las personas”¹²³⁸; esto es, derecho subjetivo, en el sentido de facultad (tal y como lo había establecido Suárez) que da la ley a un sujeto en relación a otro. Lo que hace “que no se ha(ya) llegado a escindir completamente el derecho subjetivo y ‘la relación jurídica fijada por la ley (moral o positiva)’.”¹²³⁹

Finnis reconoce la existencia de derechos absolutos: a la vida, a conocer la verdad, a no ser condenado en base a pruebas falsas, a procrear... Sin embargo, también reconoce que otros derechos fundamentales pueden y deben ser restringidos en aras del bien común, en circunstancias tales ‘como la salvaguarda de un contexto de «orden público» que proteja la moralidad y salud públicas’.”¹²⁴⁰

Finnis, en contra del individualismo de los derechos humanos, sostiene que éstos se ejercen y son protegidos en el Estado. “Finnis trata de contrarrestar la reciente insistencia en el individualismo como base fundamentadora de los derechos humanos, mostrando sus defectos. Su planteamiento fundamentador subraya la importancia de las comunidades para la completa realización del bien humano (la plenitud humana integral)”.¹²⁴¹ Por eso, también “destaca la importancia de las comunidades para favorecer el desarrollo personal de los individuos. Defiende la idea de una comunidad completa que ayude a los sujetos a ‘ayudarse a sí mismos’, coordinando las actividades de los individuos, las familias y las asociaciones intermedias en la búsqueda de esa realización personal.”¹²⁴²

¹²³⁶ *Ibidem*, Pág. 385.

¹²³⁷ *Ibidem*, Pág. 387.

¹²³⁸ *Ibidem*, Pág. 388.

¹²³⁹ *Ibidem*, Pág. 389.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, Pág. 389.

¹²⁴¹ *Ibidem*, Pág. 390.

¹²⁴² *Ibidem*, Pág. 390.

Ahora bien, la vida en comunidad, y en la comunidad por excelencia que es el Estado, requiere de una autoridad; y que los miembros de esa comunidad confíen en que dicha autoridad hará lo necesario para proteger sus derechos y lograr las condiciones para el desarrollo del ser humano. De esta forma, según Rodríguez-Toubes Muñiz, Finnis insiste en la relación entre derecho positivo y moral. “Así se establece la conexión entre Derecho positivo y Derecho natural: éste (que son las consecuencias que la razonabilidad práctica extrae de la evidencia de los bienes humanos) sostiene al Derecho positivo, en cuanto que demuestra su necesidad para la coordinación intersubjetiva en la comunidad; y, a su vez, señala los límites de la autoridad, conformando una teoría del Rule of Law (esto es, una teoría del Estado de Derecho).”¹²⁴³

Para Rodríguez-Toubes Muñiz, “Finnis expone una concepción del Derecho confesadamente cercana a la de Lon Fuller. Afirmar la necesidad de la coerción, pero sostiene que el orden jurídico tiene una racionalidad aplicable incluso en un mundo de santos, porque sus rasgos formales distintivos favorecen un modelo de coordinación social deseable. El Derecho: a) especifica, clarifica y hace predecibles las interacciones humanas, mediante un sistema interrelacionado de normas e instituciones; b) presupone que una norma o institución válida de acuerdo con las reglas vigentes permanece válida hasta que lo determine ella misma u otra norma igualmente válida ; c) regula las condiciones en las que los individuos pueden modificar la incidencia o aplicación de las normas; d) cumple su función mediante la técnica de considerar a ciertos actos pasados como razón suficiente para actuar en el presente en la forma entonces prevista; y e) refuerza esa técnica con el postulado (ficticio) de que todo problema de coordinación ha sido previsto y resuelto por alguna actuación jurídica anterior”.¹²⁴⁴

Al preguntarse sobre la relación entre derecho y moral en la teoría finnisiana, Rodríguez-Toubes Muñiz indica que, siguiendo a Tomás de Aquino, Finnis declara que el derecho positivo se crea bien por aplicación de los principios generales de la razonabilidad práctica (ley natural), bien vía determinación. La obligación de obedecer tales normas se fundamenta en la moralidad de las mismas.

Según Finnis, la “...legislación positiva puede y debe guiarse por principios y normas morales exigidas objetivamente por la razonabilidad práctica, de suerte que a menos que sea consistente con ellos no poseerá autoridad a los ojos de una persona razonable.”¹²⁴⁵ Y su cumplimiento o respeto a las mismas favorece y crea las condiciones para el bien común, en el que puede realizarse plenamente la persona humana. De tal manera que si una norma es injusta (inmoral) no crea obligación de observarla: es derecho injusto; derecho en sentido débil, analogado secundario del derecho. Lo anterior, salvo que el incumplimiento de la norma injusta provoque un

¹²⁴³ *Ibidem*, Pág. 391.

¹²⁴⁴ *Ibidem*, Pág. 391.

¹²⁴⁵ *Ibidem*, Pág. 393.

mal mayor, como puede ser la falta de observancia de las demás normas del sistema jurídico que sí son justas. “La obediencia moralmente requerida aquí es la necesaria para evitar el desprecio del Derecho en su conjunto, lo cual dependerá de las circunstancias”.¹²⁴⁶

Finalmente, Finnis trata el tema de Dios como fundamento de la obligación jurídica. “Sabemos que son obligatorias las acciones que son necesarias si el bien común ha de ser realizado, pero subsiste la pregunta de por qué favorecer el bien común. La respuesta de Finnis es que del mismo modo que no hay más razón para apreciar lo que un amigo aprecia que el hecho de que lo aprecia, igualmente no hay más razón para favorecer el bien común que el que Dios lo favorezca, si Dios puede reconocerse como «amigo»”.¹²⁴⁷

La obligación, sin ese fundamento trascendente, que racionalmente puede descubrirse como personal (“La reflexión teórica postula para la causa incausada un modelo personal, inteligente e intencional, y con ello supone la posibilidad de que se abra al entendimiento humano, y permite esperar que se revele como susceptible de ser amada y que aparezca como sustanciación del «observador ideal» postulado por el razonamiento práctico como prueba de imparcialidad.”¹²⁴⁸), no tendría sentido; el deber de cumplir las leyes podría, en cierta etapa del razonamiento, volverse cuestionable.

Si sólo nos contentamos con un fundamento intrasistémico, como pudiera ser el bien común, entonces podríamos estar tentados a rechazar la obligación cuando ésta impusiera sacrificios más allá de lo normalmente esperado. Y, en palabras de Finnis: ‘Pues si se revelase que la causa incausada favorece el bienestar de todo hombre, por la sola razón de su (de D, de Dios) propia bondad (...), el bien común podría perseguirse por una nueva razón, a saber, por amor o amistad hacia el ser personal («Dios») que no sólo hace posible todo el bienestar personal que pueda haber y realmente hay, sino que también favorece positivamente (aunque en formas a menudo ininteligibles para nosotros) ese bien común’.”¹²⁴⁹

4.4.2.3. *Crítica a la Teoría de Finnis*

Según Rodríguez-Toubes Muñiz, Finnis, a pesar de su intención, no logra zafarse de la concepción iusnaturalista: “Estas ideas sugieren indirectamente una identificación de la moral y el Derecho, por lo que cuestionan la compatibilidad del iusnaturalismo de Finnis con el positivismo jurídico y matizan su pertenencia a la doctrina que asume la idea de derechos morales. Esa identificación está favorecida

¹²⁴⁶ *Ibídem*, Pág. 395.

¹²⁴⁷ *Ibídem*, Pág. 398.

¹²⁴⁸ *Ibídem*, Pág. 399.

¹²⁴⁹ *Ibídem*, Pág. 398-399.

por diversas vías: por el empleo de términos como «relación-jurídica» para abarcar la relación con la ley moral; por el propio uso de la palabra ley (*law*, que en inglés cobra también el sentido de Derecho objetivo) para referirse a la norma moral; por la asociación del sentido objetivo del *ius* con «lo justo»; y por la interpretación de los derechos naturales postulados por Hobbes como derechos amoraes (con lo que se evita considerar la moral como una posible fuente objetiva de derechos en el estado de naturaleza, distinta del Derecho). Finnis realiza aquí una recepción cuasijurídica de los derechos morales, que conduce hacia una asimilación de las fuentes normativas de todos los derechos; esto es, a la asimilación de Derecho y moral. Pero la ambigüedad de esta recepción la hace insatisfactoria; y además su resultado es contrario a la admisión -asumida por Finnis- del concepto positivista de Derecho. La coherencia de la argumentación de Finnis exigiría impedir la identificación entre ley moral y Derecho objetivo, para así dejar abierto el camino a una fundamentación no positivista de derechos subjetivos naturales o morales, compatible con la descripción positivista del Derecho”.¹²⁵⁰

Además, para Rodríguez-Toubes Muñoz, la explicación de Finnis sobre el tema de la obligatoriedad es complicado e insatisfactorio: “El tema de la obligatoriedad de las leyes y del Derecho es, según creo, uno de los más problemáticos de la exposición de Finnis, no obstante su preocupación por aclararlo. La complejidad se acentúa cuando describe la posición de las leyes «injustas» en el contexto de la obligación moral...

“... el positivismo no puede simpatizar con la discriminación de dos significados o versiones del Derecho: uno auténtico (focal), justo e intrínsecamente obligatorio; y otro analógico (secundario), de justicia y obligatoriedad (moral) variables. Así, vimos que Hart tacha de ‘ofuscante complejidad’ la distinción tomasiana entre dos sentidos de ley.

“... Creo que, en efecto, el planteamiento del ‘significado focal’ de Finnis no se conjuga bien con la jurisprudencia analítica positivista, lo cual es visible una vez que se estudia a la luz del problema de la obligación (moral) de obedecer al Derecho... Al examinar la obligatoriedad moral desde la razonabilidad práctica, Finnis relega parte del concepto positivista de Derecho (la parte-referida a las leyes positivas injustas) al ámbito no jurídico. El recurso de hablar de un Derecho secundario o analógico para incluir en él esa parte conflictiva no parece suficiente para eludir el problema, porque lo que está en debate es el contenido del Derecho en su dimensión auténtica.

“De esta discusión aflora, cuando menos, la sospecha de que la identificación de un significado focal del Derecho es más conflictiva de lo que Finnis nos quiere hacer creer. Por lo pronto, si desde el punto de vista del razonamiento práctico no se considera Derecho más que lo designado por su significado focal, no está nada claro por qué han de aplicarse a todos los sistemas jurídicos (es decir, incluso fuera del significado focal), aunque sólo

¹²⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 889.

sea como presunción, rasgos que el razonamiento práctico sólo reconoce al supuesto central del Derecho, tales como la obligatoriedad moral”.¹²⁵¹

En sus conclusiones Rodríguez-Toubes Muñiz señala: “... quisiera sumarme a quienes han manifestado cierta perplejidad ante las características peculiares -y hasta insólitas- del iusnaturalismo de John Finnis. Se trata de un iusnaturalismo que no participa de las tesis habitualmente atribuidas a esta doctrina, pero tampoco las rechaza de modo claro. Sobre todo resulta sorprendente su insistencia en desvincular expresamente el razonamiento práctico del conocimiento teórico, en no situar la fundamentación de las normas en la naturaleza -física o metafísica- humana. Así, se ha dicho que defiende un «Derecho natural sin naturaleza». Ahora bien, como pudimos comprobar, esta desvinculación expresa no se corresponde con el resultado de conjunto, pues la naturaleza se filtra a menudo en la argumentación de Finnis. Y lo mismo ocurre con otras tesis inicialmente rechazadas.

“Finnis no pretende que las normas morales y jurídicas fundamentales se deducen de lo que podemos conocer de la naturaleza. Pero sí afirma que este conocimiento es relevante para la obtención -no deducción- de aquéllas normas. Niega que el conocimiento trascendental o la especulación metafísica sirvan por sí solos para reconocer el pensamiento práctico correcto, puesto que se precisa una comprensión sustantiva de los bienes humanos básicos que constituyen el fin de la acción humana racional. Pero sostiene que la especulación teórica interviene en esta comprensión de los bienes básicos, además de en la postulación de una causa incausada que daría sentido último a la ley natural que gobierna el comportamiento práctico humano. No apoya su argumentación iusnaturalista en el reconocimiento de un fundamento trascendente a los criterios de corrección moral. Pero admite que llevado a sus últimas consecuencias, el razonamiento acerca a ese reconocimiento. Afirma que una conducta inmoral puede ser racional de acuerdo a los principios del pensamiento práctico, y sobre esta base defiende la irreductibilidad del deber ser moral al ha de ser práctico (y así al ser teórico). Pero al tiempo defiende que sólo la conducta moral satisface de modo integral las exigencias de la razonabilidad práctica, a su vez una expresión del pensamiento práctico”.¹²⁵²

Rodríguez-Toubes Muñiz sostiene que “Finnis hace descansar toda su estructura argumentativa sobre la captación por la inteligencia -en un actuar práctico- de los fines últimos perseguidos por el hombre (los «bienes humanos básicos») y de su cualidad de valores que han de ser perseguidos;...”¹²⁵³ Y señala que es dudoso que se pueda disociar el “el actuar práctico del actuar teórico en un proceso mental de comprensión de metas como el que nos propone Finnis”¹²⁵⁴ “Por

¹²⁵¹ *Ibidem*, Pág. 395-397.

¹²⁵² *Ibidem*, Pág. 399-400.

¹²⁵³ *Ibidem*, Pág. 400.

¹²⁵⁴ *Ibidem*, Pág. 400

tanto no podemos aceptar sin más la pretensión de que la autoevidencia de los bienes básicos es captada por la sola experiencia de nuestra inclinación práctica”.¹²⁵⁵

Así mismo, Rodríguez-Toubes Muñiz piensa que es dudoso que podamos captar los bienes básicos de la realización del ser humano. Está de acuerdo con Finnis en que posiblemente alguno de los valores puedan sin más aceptarse, pero es renuente a admitir que la lista de bienes básicos de Finnis sea la única, cuando el mismo Finnis la modificó con posterioridad. “... No creo que podamos tener la certeza de que nuestra lista será exhaustiva sin ser excesiva”.¹²⁵⁶

También considera Rodríguez-Toubes Muñiz que es dudosa la captación, por todos, de los bienes básicos, aunque acepta que Finnis lo que sostiene es que para el ser razonable siempre pueden ser captados dichos bienes de forma evidente. “Es dudoso que pueda universalizarse la captación personal de los bienes «autoevidentes». Como dice Finnis, lo que es obvio para unos puede no serlo para otros. Claro está que para él lo que importa es, por decirlo así, lo que los sabios no pueden negar coherentemente; o sea, lo que es razonable creer y, por tanto, podemos considerar como objetivo.”¹²⁵⁷

Adicionalmente, Rodríguez-Toubes Muñiz expresa que “es dudosa la distinción entre un *ha de ser* práctico y un *debe ser* moral en los términos planteados por Finnis”¹²⁵⁸. Señala que para Finnis la realización de todo aquello que conlleve a la plenitud del ser humano ha de hacerse, y, que por lo tanto, es moral. Pero, según Rodríguez-Toubes Muñiz en este planteamiento no se precisa el origen del deber moral, sino sólo la intensidad con que el imperativo de la razón práctica lo impone. “A diferencia de una instrucción teórica (tal como «si quieres hervir agua aplícale calor»), el juicio práctico -en el sentido de Finnis- dirige racionalmente la acción a fines que el sujeto considera que son valiosos y merece la pena procurar; por tanto, prescribe lo que ha de hacerse para lograr un valor.

“Dicho principio ordena dirigir las acciones hacia la ‘realización humana integral’, por lo que podemos inferir que para Finnis son acciones morales las que persiguen dicho objetivo. Todo esto puede encajar del siguiente modo: constatamos que las acciones que persiguen la realización humana integral (el ideal moral) cumplen mejor el primer principio práctico (‘Ha de hacerse el bien’), y por tanto comprendemos que hay obligación de preferirlas (comprendemos que deben ser); en estos casos la prescripción práctica da lugar a un tipo de imperativos más intensos que llamamos morales. En particular, comprendemos que procurar los bienes humanos básicos es una obligación práctica derivada del primer principio práctico, pero es también un fuerte

¹²⁵⁵ *Ibidem*, Pág. 401

¹²⁵⁶ *Ibidem*, Pág. 401

¹²⁵⁷ *Ibidem*, Pág. 401.

¹²⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 402.

imperativo (obligación moral) cuando dichos bienes son interpretados de modo que favorezcan la realización humana integral.

“Esta interpretación distingue lo práctico y lo moral por la intensidad de sus efectos; pero no por su origen, que es el aspecto que nos interesa”.¹²⁵⁹

Rodríguez-Toubes Muñiz cuestiona que los bienes básicos autoevidentes de Finnis puedan generar obligatoriedad moral. Considera que de unas premisas del *ser* no se pueden concluir prescripciones de *deber ser*. Y que en Finnis no es nada claro cómo puede pasar de los bienes básicos autoevidentes de la razón, a la exigibilidad moral de realizarlos como valores. “Es dudoso que la prescripción práctica hacia los ‘bienes humanos básicos’ identificada por Finnis pueda llegar a tener por sí misma sentido de prescripción moral. Por lo pronto, no hay razón clara para sostener que un entendimiento integral de la lista de bienes de Finnis (u otra similar) mostrará su cualidad de bienes universalizables (u otra que llene plausiblemente el contenido de lo *moral*). Pero, sobre todo, aunque la hubiera, precisamos de una técnica que defina las prescripciones prácticas universalizables como obligatorias; es decir, que ordene que el ideal moral *debe ser*. Se trata de la ineludible dificultad de obtener un *deber ser* moral cuando sólo contamos con premisas no morales (en este caso, el *ha de ser*).”¹²⁶⁰

Finalmente, Rodríguez-Toubes Muñiz establece que “es dudoso qué significa ‘realización (o plenitud) humana integral’ y cómo se conoce este significado, por lo que es aventurado predecir las consecuencias de interpretarlo cabalmente. Sobre todo si -como mantiene Finnis- no hay jerarquía entre los bienes básicos, de modo que la plenitud puede tener un significado distinto para unos y otros (el criterio de la posibilidad de universalización no conduce a la uniformidad, sino a la imparcialidad)”.¹²⁶¹

4.4.2.4. Comentario a la Exposición de Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

En concreto, Rodríguez-Toubes Muñiz critica, de la teoría finnisiana, lo siguiente: (i) que no distinga entre derecho y moral; (ii) que distinga, por analogía, entre diversos significados de ley; (iii) que no es creíble su idea de que el razonamiento práctico, sin consideración a los hechos, determine lo que debe ser hecho; y (iv) que no es posible determinar, de manera universal, el concepto de “realización personal”.

Por lo que respecta a la primera crítica, me parece que Finnis sí distingue perfectamente entre derecho positivo y moral, como, por lo demás, lo han hecho las teorías clásicas iusnaturalistas. El derecho positivo, Finnis lo reitera, es la solución dada por una persona, autorizada legalmente, en el Estado (comunidad perfecta), a

¹²⁵⁹ *Ibidem*, Pág. 402-403.

¹²⁶⁰ *Ibidem*, Pág. 403.

¹²⁶¹ *Ibidem*, Pág. 404.

un problema de coordinación en las relaciones de sociedad, con la finalidad de preservar y enriquecer el bien común. De esta descripción se pueden sacar los elementos que distinguen al derecho positivo de la moral, sin ninguna dificultad. En consecuencia, contrario a lo que dice Rodríguez-Toubes Muñiz, Finnis distingue clara y nítidamente a la ley positiva de la ley natural o moral.

Ahora bien, la teoría finnisiana sí es reiterativa en precisar que el fundamento del derecho positivo es la moral-ley natural. No sería inteligible, esto es, no habría razón suficiente, el cumplimiento del derecho positivo, y su misma formulación, si no fuera porque se descubre en la ley un motivo relacionado con el bien común. Por tanto, de carácter moral.

Por eso, Finnis es un iusnaturalista. Pero no un iusnaturalista que menosprecie el derecho positivo, o que le quite la importancia que tiene. Finnis considera que el derecho positivo es esencial para la vida en sociedad, y, por ende, para la realización de la persona.

En cuanto a considerar a la ley positiva “injusta” como ley, pero en sentido restringido, licuado, secundario, puedo señalar lo siguiente: la analogía es un instrumento del pensamiento que permite encontrar las semejanzas y las distinciones entre los conceptos y/o entes en general. La univocidad nos encasilla en un esquema en el que no existen similitudes. Considerar que el concepto de “ley” sólo puede ser empleado en sentido unívoco, sería tanto, como hacer desaparecer la diferencia que los propios positivistas defienden aguerridamente: la distinción entre ley natural y ley jurídica. Hay, pues, leyes que tienen ciertas semejanzas y ciertas desemejanzas. Por eso, echamos mano de la analogía. Ésta no implica que demos un sentido completamente distinto a los conceptos análogos. Por el contrario, porque participan de semejanzas, la palabra “ley” se puede predicar de todos, en cuanto impliquen una orientación autoritativa (leyes del deber), o expresen una relación que necesariamente se da entre un supuesto y una consecuencia (leyes del ser).

De esta forma, “la ley injusta” es ley, porque es una orientación autoritativa, aunque se distingue de la ley en sentido central, en que no tiene en consideración el bien común. En cuanto emanada del órgano autorizado para dar soluciones a problemas de coordinación, tiene el carácter de ley; pero su obligatoriedad, al no tener una razón en función del bien común, está disminuida si no es que del todo opacada.

El uso de la analogía no es algo indebido. Al contrario, es el instrumento apropiado para explicar adecuada y lógicamente conceptos, que de otra manera exigirían malabares intelectuales e intrincados anclajes expositivos.

La tercera crítica: que el razonamiento práctico determine el “deber” sin basarse en el “ser” del razonamiento teórico. Como Finnis insiste en su obra, el intelecto (la razón teórica) se “topa”, o si se quiere, capta la verdad-el bien, en la forma más básica. Ese “toparse” con dicha verdad-bien es lo que Finnis señala como evidencia. No requiere de otra razón para explicar por qué se capta o se presenta en toda su realidad. Por eso, es el primer principio. Ahora bien, el intelecto o razón

teórica puede centrarse en estudiar el ser, como tal. Sin embargo, lo que Finnis indica es que el aspecto relacionado con lo que debe ser hecho se capta de manera inmediata, y hace surgir en la razón práctica el imperativo hacia la acción. En esto no existe ninguna derivación de la obligación de hechos; nada que indique que el “deber” se deduce del “ser”. Es desde dentro, no desde fuera, como pretende verlo Rodríguez-Toubes Muñiz, desde donde emerge el deber, la obligación de realizar una determinada conducta. Y es además de la razón práctica que quiere la realización del bien de la que se deriva la obligación de realizarlo. Es una derivación lógica, porque ese “debe” está incluido en la premisa formulada por dicha razón práctica, ya que el bien debe ser realizado: es bueno saber sobre la ley natural; este libro trata sobre la ley natural; luego, debo leer este libro.

Finalmente, por lo que toca a que no es posible determinar una idea que sea aceptada por todos de lo que es la “realización humana”, sólo hay que colocarse en el punto de vista de la reflexión finnisiana: si la esencia del hombre es la racionalidad; será mejor hombre cuanto más realice su esencia. Esto es, cuanto más racional sea. Por lo tanto, su realización está en ser más racional cada día. Y esto, es válido para todos los que pertenecemos a la especie humana. Por lo tanto, sí es posible tener una idea universal de lo que es la realización del ser humano.

Lo que pasa es que muchos parten de fuera, de las estructuras sociales y culturales, y no de la interioridad y esencia del hombre, para concluir que no es posible tener un concepto de bien, igual para toda la gente; ni tampoco de lo que es la realización personal. Esta antigua concepción relativista es la que Finnis tiene bajo fuego con una argumentación sólida e impregnada de contundentes conclusiones analíticas.

4.4.3. Jeremy Shearmur

Nació en 1948. Su tesis doctoral sobre Hayek fue galardonada con el premio Sir Ernest Barker por the British Political Studies Association. Fue, durante ocho años, asistente de Karl Popper. Se le considera como uno de los mejores conocedores del pensamiento de Popper. Tiene dos libros sobre él: *The Political Thought of Karl Popper* (1996); y *Karl Popper, After the Open Society* (2008). Ha sido profesor en la Universidad de Edinburgo, en la de Manchester y en George Mason University. Desde 1992 hasta su retiro en 2013 trabajó en los departamentos de Ciencias Políticas y Filosofía en la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Australia.

4.4.3.1. Exposición

Shearmur señala que Finnis es un iusnaturalista que hace una presentación totalmente nueva de la teoría clásica, con lenguaje y argumentos incisivos y modernos. “John Finnis's Natural Law and Natural Rights' is a remarkable book. Finnis offers a robust exposition and defence of natural law, but in terms that differ significantly from the way in which this tradition is often understood today, not least

by its defenders. He does so by means of striking and powerful arguments... Finnis interprets an old tradition in radically new ways.”¹²⁶²

El artículo de Shearmur se va a centrar y criticar la posición finnisiana de la moral y la relación de ésta con el derecho. Shearmur considera que ya no es posible, después del éxito de las ciencias naturales, seguir sosteniendo posturas teleológicas, como lo hace Finnis, dentro de la tradición aristotélico-tomista.

Lo dice de esta forma: “...it seems unclear what is supposed to happen to this tradition once, after the work of Galileo, Descartes, Newton (and also Darwin), the natural sciences abandoned teleology. While it is still possible for philosophers to defend scientific realism, it is not clear, even if this could be done successfully, that such a defence would have any relevance to issues of morality. And while those who believe in God might still think that He has imposed some kind of order onto the world, it is not clear that there is any obvious connection between such an order and the moral duties of man.”¹²⁶³

Shearmur considera que Finnis proyecta su concepción de la moral desde una fenomenología reflexiva y, por tanto, interior al hombre. “Finnis ... offers us what might be called a descriptive phenomenology of moral action (in an ordinary rather than a technical, Husserlian sense). From reflection upon this, he reads off various features which he claims to be undeniable moral truths.”¹²⁶⁴

También considera que para el autor de *Natural Law and Natural Rights*, los valores morales son algo inmediato, y que se distancia tanto de los que afirman que no existen los valores como de los que dicen que todas nuestras acciones están predeterminadas. “... for Finnis there is no problem of moving from facts to values, because within his starting-point-the ‘internal’ reflective analysis of action-values are already there to be found. (What is more, Finnis tells us a lot concerning those values, steering a course between those who maintain that anything could be valuable in the sense that it could represent a possible object of human choice, and those for whom there is no moral choice, because in one way or another all moral choices are fully determinate.)”¹²⁶⁵

Finnis también, según Shearmur, se deslinda de la objeción Humeniana de derivar el deber del ser, argumentando que se trata más bien de “motivación”: “Here Finnis also offers a solution, suggesting that ‘one is motivated according to one’s

¹²⁶² SHEARMUR, Jeremy: *Natural Law without Metaphysics: The Case of John Finnis*; Cleveland State Law Review; Institute for Humane Studies at George Mason University <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=clevstlrev> (10 agosto 2015). Pág. 123.

¹²⁶³ *Ibidem*, Pág. 124.

¹²⁶⁴ *Ibidem*, Pág. 125.

¹²⁶⁵ *Ibidem*, Pág. 125.

understanding of the goodness and desirability of [certain] human opportunities’.”¹²⁶⁶

4.4.3.2. *Critica a la Teoría de Finnis*

Shearmur señala que Finnis expone su teoría moral de tal forma que no da pie para la contraargumentación. Y que su modo de expresarse incita a considerar que si no se acepta lo que él dice, se está en el error. “... while Finnis's points are boldly and strikingly put, they are often delivered in a ‘take-it-or-leave-it’ manner, with little or no argument or anticipation of possible objections... Where he offers arguments, they seem to involve the suggestion that anyone who espouses a view other than his own must hold a position that is in some way selfdefeating.”¹²⁶⁷

Shearmur se duele de que Finnis en sus afirmaciones sobre la moral no tome en cuenta la variedad de las situaciones en las que se encuentra el ser humano; y que para él, los problemas morales que se les plantean a la mayoría de las personas no lo sean y los considere sólo como parte de la sensibilidad. “... he seems not to recognize the full variety or the complexity and moral ambiguity of many of the objects of human moral experience and endeavor.”¹²⁶⁸

Siguiendo con la misma idea, Shearmur señala: “How we experience the world, and our reflective understanding of that experience, may be affected not only by our substantive moral theories, but also by social conventions and various patterns of domination which we may well not recognize as such.”¹²⁶⁹

Shearmur critica la teoría finnisiana de que la moral nace de la reflexión interior, de lo que el mismo Shearmur llama: ‘el fenomenologismo’ de Finnis. Se refiere a la posición de Finnis sobre la forma en que opera la razón práctica. Shearmur dice que no es suficiente esta explicación. “Finnis's appeals to the phenomena of our moral experience are insufficient to make his case. There may be more than one explanatory account that could be offered of the character of moral experience; there could, as it were, be more than one way in which the appearances could be saved.”¹²⁷⁰

Los argumentos que da Shearmur a fin de sostener que no es suficiente la fenomenología interna de Finnis para fundar la moral son:

¹²⁶⁶ *Ibidem*, Pág. 125.

¹²⁶⁷ *Ibidem*, Pág. 126.

¹²⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 128.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, Pág. 129.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, Pág. 130.

Primero: No por el hecho de que varios experimenten un fenómeno o situación parecida, se debe concluir que dicho fenómeno o situación es objetiva: "... to argue successfully for the objectivity of some effect does not show that we are correct in our understanding of its character. For example, those who point to the occurrence of certain kinds of mystical experience in various different religious traditions certainly produce evidence that tells for the objectivity of the existence of these experiences. What such evidence does not **do**, of itself, is to show that these experiences are genuinely to be understood as *religious* in their character. This would be a matter for further argument."¹²⁷¹

Segundo: no toda inclinación natural tiene por objeto algo que podamos considerar como bueno, aunque más de uno, o muchos, en su experiencia puedan indicar que sí lo es. "The point..., is to suggest that the kind of reality that we may get from a 'Platonic' account of moral phenomenology, where this is understood as the product of our nature, is not necessarily something that we would wish to treat at face value."¹²⁷²

Tercero: una descripción fenomenológica, como la expuesta por Finnis, bien puede ser resultado de la concepción teórica que se pretende que tenga la experiencia. Así, para muchos, que están de acuerdo con Finnis, la forma cómo se describe que se produce el acto del reconocimiento de los valores, tendrá connotación moral. Pero, para otros, será simplemente el modo como responde la propia naturaleza a lo que realmente estamos buscando. Shearmur pone el ejemplo de quien dice buscar una silla, cuando realmente lo que busca son pedazos de madera que unidos de tal forma dan la forma de silla. Por eso su pregunta: "When we offer a practical account of our moral experience, are we in fact concerned with an experience of the moral at all?"¹²⁷³ El ejemplo indicado, lo toma del neuropsicólogo Richard Gregory (1923-2010), fundador de lo que posteriormente será el departamento de inteligencia artificial, en la Universidad de Edimburgo: "To this one can respond that the situation may be similar to Richard Gregory's account, in his *Eye and Brain*, of experiments that led people to experience that they were looking at a chair when, in fact, they were looking at cleverly arranged pieces of wood. The wood was arranged such that it generated the same perceptual experiences as would a chair, seen from a particular perspective. And we are naturally disposed to interpret such experiences as perceptions of chairs rather than of groupings of disconnected pieces of wood."¹²⁷⁴

Según Shearmur, la experiencia interna (fenomenológica) no puede diferenciar los valores morales de los que habla Finnis, de los intereses particulares

¹²⁷¹ *Ibidem*, Pág. 130.

¹²⁷² *Ibidem*, Pág. 131.

¹²⁷³ *Ibidem*, Pág. 131.

¹²⁷⁴ *Ibidem*, Pág. 132.

que cada uno tiene, en una determinada situación. “While we may still, on reflection, prefer the higher pleasures to the lower-on eudaemonistic grounds, it is not clear that we would have reason to defer to what presented itself as moral when it was clearly against our wider personal interests to do so.”¹²⁷⁵

4.4.3.3. Comentario a la Exposición de Jeremy Shearmur

Finnis contestaría a Shearmur que lo que él señala como “moral” no tiene que ver ni con los propios intereses, ni con las concepciones ‘morales’ de una sociedad determinada. Efectivamente la realización de un valor puede estar totalmente en contra del interés que pueda tener una persona, y no obstante ello, el valor sigue vigente. Por ejemplo, muchas veces preferiríamos no realizar la tarea que tenemos encomendada porque simplemente quisiéramos ir al cine o ver un partido de fútbol. Sin embargo, el deber, la obligación de cumplir con la tarea es una exigencia racional que nos lleva a realizarla. Sin que ello signifique que no haya personas que prefieran ver el partido de fútbol e incumplir con la revisión de exámenes para entregar al día siguiente a sus alumnos. Pero ni esa persona ni ninguno de sus alumnos se dispensarán de la mala impresión que la falta en el cumplimiento del deber tuvo el maestro. Los alumnos, porque después del esfuerzo, quieren conocer su evaluación; el profesor, porque después de emplear el tiempo en una diversión, no está a la altura de su condición de maestro.

Lo moral (aunque Finnis prefiere hablar de lo racional) sí puede ser descrito, como dice Shearmur, analizando la operación de la razón. Shearmur puede no estar de acuerdo con la conclusión de ese análisis. Pero lo que no puede afirmar con fundamento, es que ese análisis no describa lo que sucede con la operación de la razón. Si Finnis concluye que la proposición imperativa de la razón práctica para realizar el acto es moral, y si Shearmur considera que tal no es moral, entonces la diferencia es terminológica y no conceptual. Aunque Shearmur sugiera que es esto último.

Finnis afirma, como también lo hace Shearmur, que la diversidad cultural proviene precisamente de los diversos “intereses” de las personas. Para Finnis la opción por una de las formas básicas en lugar de otra, se da en razón de las circunstancias históricas, culturales o tradición en que vive una persona. Es muy probable que una persona opte por dedicarse a la investigación porque en su familia existen precedentes y tradición. El hijo de un médico tiene más a la mano la opción de escoger como profesión la medicina, que el hijo de un deportista. Pero esta diversidad, favorecida por la historicidad de cada hombre, no implica negación de las formas básicas de bien. Al contrario, son confirmadas por los resultados de los estudios históricos y culturales.

Si fuera verdadero el argumento de Shearmur de que el propio interés causa la teoría explicativa que se pretende dar, entonces Shearmur no hace otra cosa que obtener una crítica contra Finnis basado en su propio y particular interés. Y, por lo

¹²⁷⁵ *Ibidem*, Pág. 134.

tanto, tal crítica sería irrelevante. La operación de la razón es cognoscible y experimentable por cualquiera que se ilustre y reflexione conscientemente sobre ella. Y no por el hecho de que muchos no experimentan la sensación de quienes navegan por la internet y son capaces de burlar barreras de protección de datos, esas avenidas de la información y esas barreras defensivas no existen.

4.4.4. B.C. Nirmal

B.C. Nirmal¹²⁷⁶ nació en febrero de 1952. Especialista en derechos humanos y derecho internacional. Vicecanciller en la Universidad Nacional de estudios e investigaciones en derecho en la ciudad de Ranchi, capital del Estado de Jharkhand, en India. Catedrático en Banaras Hindu University, en la ciudad de Varanasi, en el Estado de Uttar Pradesh (India). Es autor del libro *The right to self-determination in international law: evolution, U.N. law and practice, new dimensions*.

4.4.4.1. Exposición

Nirmal repasa con bastante detenimiento los puntos centrales expuestos por Finnis en *Natural Law and Natural Rights*. Su repaso es más con efectos didácticos que con pretensiones polémicas. Las críticas a Finnis son recogidas para información más que para oponerse.

4.4.4.2. Teoría de Finnis

Las formas básicas de bien, que Finnis determina en siete (“life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability or friendship, practical reasonableness and religion”)¹²⁷⁷ son evidentes. O, como diría Tomás de Aquino, “indemonstrabilia”. “These goods are meant for all and they can be realized by all people who take into consideration what is right and wrong to do.”¹²⁷⁸

Las formas básicas de bien son todas igualmente fundamentales e inconmensurables, en el sentido de que una no puede ser subsumida en otra u otras ni comparar el valor de una con las otras. Por lo que ninguna debe ser despreciada, marginada u olvidada. Sino que la persona humana debe apreciarlas igualmente y buscar su realización. Sin que lo anterior implique que no se haga la opción por una en lugar de otra.

Dentro de las siete formas básicas de bien está “la razonabilidad práctica”. “Practical reasonableness is not only a basic human good but also serves as the

¹²⁷⁶ Nirmal no es propiamente un crítico de la teoría finnisiana. Es más bien un expositor de ella. Al hacerlo, recoge algunas de las críticas que se han ventilado en contra de dicha teoría. Por eso, su presentación en este apartado.

¹²⁷⁷ NIRMAL: *Natural law, human rights and justice. Some reflections on Finnis' Natural Law theory*. www.bhu.ac.in/.../blj2006.../4_BC_NIRMAL_NATURAL%20LAW.doc Pág. 14.

¹²⁷⁸ *Ibidem*, Pág. 14.

engine for how we assess, and pursue the other basic human goods.” Y la primera exigencia de la razonabilidad práctica es definir el rumbo de la propia vida; hacer la opción fundamental de realizarse por una u otra de las formas básicas de bien. Lo que no significa exclusión de las formas de bien que quedan fuera de mi opción. La opción de algo es preferencia por ello, mas no discriminación, rechazo o marginación de las otras posibilidades. Al escoger una carrera universitaria no estoy menospreciando las demás ni negándoles valor; simplemente que al optar por una no puedo dedicarme a todas. “All that first requirement of practical reasonableness insists upon is that we should remain open to the value of all the basic goods regardless of what the focus of our's national plan of life is.”¹²⁷⁹

“The third requirement of practical reasonableness follows along the lines of the golden rule ‘so to others what you would have them do to you’. The basic goods are capable of being pursued and enjoyed by any human being and they are equally good when enjoyed by some other person as when enjoyed by myself... Thus the essence of the third requirement is that one should not have obsessive concern with another's survival, knowledge, creativity, or pursuit of any of the other basic goods.”¹²⁸⁰ Esto es, la tolerancia como parte esencial en la vida personal; y con ello el respeto a la forma de vida, a las opciones fundamentales, de las otras personas.

La cuarta exigencia de la razonabilidad práctica es la objetividad sobre la propia opción. Esto impide que se caiga en el fanatismo. Y la sexta, relacionada con la anterior, es el compromiso con la propia opción. Es decir, no se debe fanatizar, como si no hubiera otras formas de bien, sino sólo la escogida; pero tampoco se debe llevar irresponsablemente la opción tomada, como si fuera una más entre muchas, sin mayor trascendencia. “The fifth requirement forbids an attitude of apathy toward one's own commitment.”¹²⁸¹

La sexta exigencia es la eficiencia: resultados, dentro de lo razonable. “Here Finnis is saying that one should be efficient in his action in trying to carry out the basic goods.”¹²⁸²

La séptima exigencia es el respeto a todas las formas básicas de bien. No puede llevarse a cabo ningún acto que hiera directamente algún otro de los valores. Por ejemplo, no se debe entregar a una persona a la muerte para salvar a otros. Es decir, el fin no justifica los medios. “This requirement epitomises the golden rule: the end does not justify the means.”¹²⁸³

¹²⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 17.

¹²⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 18.

¹²⁸¹ *Ibidem*, Pág. 19.

¹²⁸² *Ibidem*, Pág. 19.

¹²⁸³ *Ibidem*, Pág. 19.

La octava exigencia es contribuir al bien común. Y la novena es actuar conforme a la propia conciencia. "...Practical reasonableness requires that one acts in accordance with one's conscience."¹²⁸⁴

Antes de exponer la teoría finnisiana de la justicia, Nirmal hace una relación de las diversas y múltiples tesis que sobre la justicia han formulado los pensadores a lo largo de la historia¹²⁸⁵. Para unos el núcleo de la justicia está en la igualdad; para otros en la libertad. Comienza con la definición clásica de Ulpiano: "the constant and perpetual will to render to everyone that to which he is entitled". Señala que "Plato identified justice with a harmonious relation between the various parts of the social organization". Y que "Aristotle made distinction between general and particular justice and classified particular justice as distributive as well as corrective justice". Así mismo, Aristóteles contrapone al hombre justo del injusto: éste es tanto el que quebranta la ley como el que toma más de lo que es suyo. También cita la definición de Cicerón: "disposition of the human mind to render to everyone his due"; y la de Tomás de Aquino: "as a habit whereby a man renders to each his due by a constant and perpetual will".

De los contractualistas, resalta la idea de Hobbes de que la justicia tiene que ver con el respeto al contrato social, pero indica que este filósofo guarda silencio en relación a cómo remediar la injusticia que pueda cometer el legislador. Y que, en cambio, Locke propone incluso la revolución en caso de injusticia del soberano.

Bentham sostiene su idea de justicia en el utilitarismo que profesa. Mill considera que la justicia no es otra cosa que ciertos requerimientos de una sociedad.

Lester Ward, un sociologista estadounidense, sostiene que la justicia consiste en el esfuerzo que hace una sociedad por hacer a todos iguales, de manera artificial, ante las circunstancias desiguales que se tienen.

Spencer, por el contrario, se fija en la libertad: "Every man is free to do that which he wills, provided he infringes not the equal freedom of any other man". Kant es del mismo parecer: "the aggregate of those conditions under which the will of one person can be conjoined with the will of another in accordance with a universal law of freedom."

Marx y Engels niegan la existencia de la justicia. Con base en su teoría política, Marx señala que no pueden existir principios racionales que rijan las relaciones sociales. Y que más bien, el término "justicia" se usa como medio para controlar las relaciones de producción en la sociedad.

"William Sorley underlined the need to develop a theory of justice by combining equality with freedom because liberty and equality may easily come

¹²⁸⁴ *Ibidem*, Pág. 20.

¹²⁸⁵ *Ibidem*, Pág. 28-32.

into opposition.” John Rawls va en la misma dirección: combinar igualdad y libertad en el contenido de la justicia. Para Rawls la justicia descansa en dos principios: (i) cada individuo debe ejercer sin restricción su libertad; sólo puede ser limitada por la libertad de los otros, que tienen el mismo derecho a ejercerla. Y (ii) se deben erradicar las desigualdades sociales y económicas y hacer que todos tengan las mismas posibilidades y oportunidades de ejercer su libertad. Nozick critica a Rawls, y afirma que antes de la justicia está la libertad individual (primacía de la libertad sobre la igualdad); y que la sociedad no es sino la circunstancia para el ejercicio de la libertad. Propugna un liberalismo económico a ultranza.

Para Hobbs, la justicia es un principio de seguridad jurídica. Del mismo criterio es Bentham: considera a la justicia el principal medio de control y de seguridad en una sociedad.

Para McCoubrey y White, la justicia es una aspiración de toda sociedad; y la injusticia es todo aquello que tiene que ver con el rompimiento de un grado de orden social aceptable para todos, y cuyo rompimiento da pie para cuestionar la legitimidad de la autoridad.

También, según el Profesor Nirmal, se habla de justicia en el sentido de aplicación de las leyes a un caso concreto, dentro del debido proceso. “Rose, a Scandinavian realist, observes: The idea of justice resolves itself with the demand that a decision should be the result of the application of a general rule. Justice is the correct application of law.”

Kelsen identifica justicia con legalidad. Actuar de acuerdo a la ley y que ésta sea aplicada tal cual al caso controvertido, eso es la justicia.

Para Finnis, según Nirmal, que parte de la distinción aristotélica de justicia distributiva y conmutativa, la justicia es considerada dentro del concepto de bien común. “What is new in Finnis's theory of justice as common good is a sincere attempt to create a workable framework to synthesise and reconcile all predominant and paramount values which a legal order is required to promote and achieve”.¹²⁸⁶

Existe un importante giro en la concepción: las leyes deben ser vistas como instrumento de la justicia distributiva y no conmutativa, como antes se consideraba. “The shift in emphasis has been from the determination of who has wronged whom and how wrongs should be rectified to the determination of who should bear risks and responsibilities of common life.”¹²⁸⁷ De hecho, la cuestión fundamental para Finnis es cómo compensar a quien asume riesgos, en vistas del bien común, en una sociedad.

¹²⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 35

¹²⁸⁷ *Ibidem*, Pág. 32

Para Finnis la justicia conmutativa y la justicia distributiva no son dos clases de justicia, sino aspectos de la misma justicia. “He argues that the notions of distributive and commutative justice are merely labels that have been adopted for analytical convenience.”¹²⁸⁸ Uno de los aspectos puede hacerse más evidente cuando se trata de relaciones contractuales (justicia conmutativa); o cuando se trata de empresas o sociedades en que se persigue un fin común, y si los resultados no fueran favorables, todos asumirían las pérdidas en forma proporcional (justicia distributiva).

Abordando el meollo de la justicia distributiva, fundamental para el bien común, Finnis señala que no se pueden establecer pautas precisas para llevar a cabo la distribución de los bienes. Sin embargo, afirma que se pueden considerar los siguientes criterios: (i) la necesidad; (ii) las funciones que se desempeñen en la sociedad; y (iii) las capacidades de las personas.

“Finnis's theory of justice, it must be recognized, is better formulated than those of early natural law jurists and thinkers... It is also important to recognize that the Finnis's conception of justice is less individualistic and more communal than that of Nozick because of the requirements of sociability and favouring of common good which derive from the former's natural law theory and which impose reasonable demands upon the property holdings of individuals which schemes of distributive justice can properly seek to satisfy.”¹²⁸⁹

“Another notable feature of Finnis's theory of justice is its defence of private property on the following grounds.”¹²⁹⁰ Finnis fundamenta el derecho a la propiedad privada en: (i) la autonomía de la persona dentro de la comunidad que exige la apropiación de bienes, como requerimiento de la justicia; (ii) es más eficiente la producción cuando se detenta el derecho de propiedad privada; y (iii) la eficiencia en la producción redundaría en beneficios para el bien común. Estos puntos de vista no son ciertamente compartidos ni por los marxistas ni por los socialistas. “For instance... to use the words of Harris: capitalists never do, and can not without expropriation be made to exercise the power they have over resources in such a way that other people have a proper chance of realising the basic goods in their common lives.”¹²⁹¹

En resumen: “looked from this perspective Finnis's theory of justice, which lays emphasis on the participation of all individuals in the basic goods (which are at the same time basic values) according to a coherent life plan and in conformity with other requirements of practical reasonableness offers an original and novel approach

¹²⁸⁸ *Ibidem*, Pág. 33

¹²⁸⁹ *Ibidem*, Pág. 33-34.

¹²⁹⁰ *Ibidem*, Pág. Pág. 34.

¹²⁹¹ *Ibidem*, Pág. 35.

to the problem of justice. This is indeed a highly significant contribution to the modern legal theory.”¹²⁹²

El profesor Nirmal afirma que la teoría finnisiana no niega el valor de las leyes positivas ni intenta restarles fuerza. Para Finnis, es infundado el ataque que hace el positivismo al iusnaturalismo en el sentido de que éste resta importancia a las leyes formales. Más bien es lo contrario: sin las leyes positivas, la ley natural no tendría mayores efectos en la coordinación de las acciones dentro de una sociedad para lograr el bien común. “We need law as it facilitates the pursuit of basic goods in a community”.¹²⁹³

Las leyes positivas derivan de la ley natural. Son producto de un acto racional; no meramente ocurrencias generadas por las circunstancias de un determinado tiempo y lugar.

“Natural law, according to him (Finnis), provides ‘a rational basis’ for the activities of legislators, judges and citizens, and furnishes a guide to deciding whether we have a moral obligation to obey the law in a situation where positive law may diverge from the ideal standards of law. He goes on to make it clear that the principal judicial concern of a theory of natural law is ‘to identify the principles and limits of the rule of law and to trace the ways in which such laws in all their positivity and mutability, are to be derived (not, usually, deduced) from unchanging principles- principles that have their force from reasonableness, not from any originating acts of circumstances’.”¹²⁹⁴

Finnis, de acuerdo al Profesor Nirmal, funda la autoridad de los gobernantes en la responsabilidad que estos tienen de encontrar soluciones de coordinación viables para la consecución del bien común.

Según Nirmal, “Finnis's approach in this regard seems to be influenced by Max Weber, for he sees the basis of authority of the ruler neither in the consent of the government nor in notional social contract such as Hobbes and Locke described. He instead sees the basis of the authority in the likelihood of compliance by those over whom authority is claimed.”¹²⁹⁵

En el ejercicio de la autoridad, los gobernantes pueden cometer injusticias. Para Nirmal, Finnis “enumerates the following four types of injustice. *First* is the exploitation of opportunities by a ruler for partisan advantage through and making of stipulations. *Secondly*, injustice also takes place when stipulations are also made (without emergency situation) in excess of legally defined authority. *Thirdly*, the

¹²⁹² *Ibidem*, Pág. 36.

¹²⁹³ *Ibidem*, Pág. 11.

¹²⁹⁴ *Ibidem*, Pág. 8.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, Pág. 8.

exercise of power otherwise than according to manner and form is an abuse as well as injustice unless those involved consent, or ought to ensure to an articulated, procedures. And *fourthly*, stipulations may be distributively unjust by appropriating some benefit to a class not reasonably entitled to it, while denying it to other persons, or by imposing on some a burden from which others are, on no just criterion, exempt.”¹²⁹⁶

Para el Profesor Nirmal, lo que “is the most significant contribution of Finnis”¹²⁹⁷ en la teoría de la obligación es que acepta la obediencia a las leyes injustas en aras del menor daño posible. Dejar de observar leyes “injustas”, pertenecientes a un sistema que, en su conjunto, puede considerarse justo, tendría consecuencias más perjudiciales para la consecución del bien común, que el obedecerlas.

“The idea of collateral obligation implies an obligation to conform to unjust or inequitable laws to uphold respect for the legal system as a whole. The reason for securing obedience to even a bad law, according to him, lies in the damaging incident effects of disobedience.”¹²⁹⁸

Finnis, según Nirmal, defiende a Tomás de Aquino asegurando que éste jamás señaló la desobediencia a la ley injusta como algo a llevar cabo; que todo lo que hizo fue: (i) citar la frase de Agustín de Hipona; y (ii) distinguir que la ley injusta, no es ley en sentido pleno, sino sólo en forma analogada: “unjust law is not law’ (*Lex iniusta non est lex*), Finnis argues that the maxim has been wrongly ascribed to Aquinas as the latter never made this objection, but merely quoted Augustine. According to him what Aquinas seems to have said is that, ‘unjust law is not law in its focal sense’ or ‘is a perversion of law’”.¹²⁹⁹

Las leyes en sentido impropio o analogado son “nevertheless, a law in a ‘secondary sense’, they are undeniably valid laws although they fall short of the moral ideals which are contrived in the concept of law in its fullest sense”.¹³⁰⁰ De lo anterior, necesariamente hay que deducir que Finnis concuerda con los positivistas en que las leyes formalmente creadas, son leyes, independientemente de su contenido moral o, en otras palabras, de su adecuación, por determinación o especificación, a la ley natural. “...at this point natural law becomes ‘an ally and supplement to legal positivism’ in Finnis’s theory.”¹³⁰¹

¹²⁹⁶ *Ibidem*, Pág. 8-9.

¹²⁹⁷ *Ibidem*, Pág. 9.

¹²⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 9-10

¹²⁹⁹ *Ibidem*, Pág. 10.

¹³⁰⁰ *Ibidem*, Pág. 12.

¹³⁰¹ *Ibidem*, Pág. 14.

Siguiendo al Profesor Nirmal, Finnis encuentra tres formas de imposición, que se dan conjuntamente en la obediencia a las leyes: la coercitiva, la formal y la moral. Nirmal afirma que “...though Finnis has raised doubts about the value of the coercive element in the light of its predictive uncertainty, yet some commentators are of the view that ‘coercion remains an element in the equation even if not a perfectly satisfactory one’.”¹³⁰²

Para Finnis, la ley, en sentido propio, es la formulada en base a determinaciones establecidas, obligatorias, por una autoridad legítima para una comunidad completa, reforzada con sanción, y cuyo objetivo es la resolución de conflictos de coordinación en esa comunidad completa. En palabras de Nirmal: “The term ‘law’ in its focal sense, according to him, refers primarily ‘to rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority (itself identified and standardly, constituted as an institution, by legal rules) for a ‘complete community’ and buttressed by sanctions in accordance with the rule-guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the community’s coordination problems...’.”¹³⁰³

Ahora bien, ¿qué entiende Finnis por “comunidad completa”? “an all round association’ in which are coordinated ‘the initiatives and activities of individuals, of families, and of the vast network of intermediate associations’.”¹³⁰⁴ En esta comunidad completa es donde rige la ley en sentido pleno o estricto.

Para el Profesor Nirmal, la teoría finnisiana es una teoría moral, basada en que todos los seres humanos, independientemente de su cultura, raza, religión o situación particular, reconocen, en forma evidente, los principios básicos para su realización como personas. Estos principios básicos de la razonabilidad junto con las formas de bien conforman la estructura de la teoría de Finnis sobre la ley natural o ley moral. En palabras de Nirmal: “For Finnis, ‘natural law’ is ‘the set of principles of practical reasonableness in ordering human life and human community’. It is the requirement of practical reasonableness which in combination with the principle of ‘basic goods’ represents the structure of a ‘natural law’ analysis.”¹³⁰⁵

De acuerdo a Nirmal, la teoría finnisiana, proporciona un “kit” de elementos para que cada persona actúe en la forma en que moralmente lo debe hacer. “What

¹³⁰² *Ibidem*, Pág. 10.

¹³⁰³ *Ibidem*, Pág. 11.

¹³⁰⁴ *Ibidem*, Pág. 11.

¹³⁰⁵ *Ibidem*, Pág. 13.

natural law theory does is that, it offers a way for making decisions about how to go about living one's own life.”¹³⁰⁶

Según Nirmal, lo que hace que Finnis sea un iusnaturalista es su insistencia en que la ley debe buscar la realización del bien común. Y esto, a la vez, es lo que lo identifica con los positivistas: su insistencia en la validez de las leyes: “Finnis like exponents of classical common law thought, grounds the moral rational strength of law in its purposive contribution to the continuance and fulfilment of a complete community. But unlike the classical common law lawyers, he stresses on the need to undertake a rigorous elaboration of the concept of law.”¹³⁰⁷

Finnis dedica un capítulo de su obra fundamental *Natural law and Natural Rights* a los derechos humanos. Nirmal reconoce que el sustento de estos derechos es la dignidad humana y cita a Louis Henkin para quien “the concept of human rights is the only political moral idea that has received universal acceptance”.¹³⁰⁸

La reflexión finnisiana sobre los derechos humanos resulta interesante y novedosa, al fundamentarlos en el bien común y en sus ideas sobre la ley natural y la justicia. “In his scheme most human rights are ‘subject to or limited by each other and by other aspects of the common good’.”¹³⁰⁹ Y, por lo tanto, Finnis, contrario a las modernas teorías de los derechos humanos, insiste en el “deber”. “Finnis's theory of human rights recognizes the centrality of duties in explaining the basis of such rights”.¹³¹⁰ También el concepto de los derechos humanos en Finnis tiene más de exigencias de respeto de unos para con otros en una comunidad que el concepto del Estado obligado a respetar tales derechos. Es verdad que Finnis no niega que al Estado le toca un deber especial, pero insiste en que los particulares tienen deberes de respeto a los derechos de los demás.

Expresamente, Nirmal señala: “Finnis's notion of human right is less individualistic and more communitarian. Support for this view may be found in principle of practical reasonableness such as ‘do to (or for) others what you would have them do to (or for) you’ or the principle of fostering the common good of one's community.”¹³¹¹

Finnis insiste en que nunca, de manera categórica, se debe ir en contra de las formas básicas de bien. De ahí que se deriven derechos –humanos- absolutos como

¹³⁰⁶ *Ibidem*, Pág. 14.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 13.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, Pág. 22.

¹³⁰⁹ *Ibidem*, Pág. 23.

¹³¹⁰ *Ibidem*, Pág. 23.

¹³¹¹ *Ibidem*, Pág. 25.

“(a) not to be deprived of life as a direct means to an end; (b) not to be deceived in the course of factual communications; (c) not to be condemned upon charges which are known to be false, (d) not to be denied procreative capacity, and (e) to be accorded ‘respectful consideration’ to any assessment of the common good”.¹³¹²

Para Finnis, según el professor Nirmal, los derechos humanos tienen un valor instrumental de protección de desarrollo de la persona.

4.4.4.3. *Critica a la Teoría de Finnis*

Nirmal expresamente habla de que la teoría finnisiana parte de premisas asumidas (“assumptions”)¹³¹³: los principios de la razonabilidad práctica, y que éstos son pre-morales. Por eso, comenta el Profesor Nirmal: “What is most striking is that the need to pursue these goods has been labelled by Finnis as pre-moral, but the results of applying the requirements of practical reason about how to pursue these goods have been described as moral. As to be expected, the labeling of the first principles of practical reasonableness as pre-moral and of certain other aspects of natural law as moral has been criticized by some scholars.”¹³¹⁴

“According to Finnis all seven basic human goods are equally fundamental because ‘none can be analytically reduced to being merely an aspect of the other or being merely instrumental in the pursuit of any of the others’. It is because of their nature and intrinsic value that they are capable of being referred to as the most important at different points in time. To quote his original words : ‘But one's reason for choosing are reasons that properly relate to one's tempermanent, upbringing, capacities, and opportunities, not to differences of rank of intrinsic value between the basic goods’.”¹³¹⁵

Según Nirmal, las formas básicas de bien deben ser entendidas “as a set of conditions which enable the members of a community to attain for themselves reasonable objectives and make people's personal plans and projects of life a possibility. It is these goods that form the basis for Finnis's account of practical reason and thus for his theory of justice, rights and law.”¹³¹⁶

Las siete formas básicas de bien son un foco de críticas contra la teoría finnisiana. Primero, porque, según dicen, “this list of basic goods is not exhaustive as other goods might also be added to it.”¹³¹⁷. Segundo, porque “what is accepted as

¹³¹² *Ibidem*, Pág. 24

¹³¹³ *Ibidem*, Pág. 14.

¹³¹⁴ *Ibidem*, Pág. 14.

¹³¹⁵ *Ibidem*, Pág. 15.

¹³¹⁶ *Ibidem*, Pág. 15.

¹³¹⁷ *Ibidem*, Pág. 16.

appropriate in one culture may not be so in another”.¹³¹⁸ Por eso, Nirmal afirma que la lista finnisiana de formas básicas de bien es más “categorical” que definitiva: “it needs to be recognized that the basic goods advanced by Finnis are categoric rather than specific in form and hence is susceptible to particular application in a variety of ways”.¹³¹⁹

Se critica la lista finnisiana de las formas básicas de bien, aduciendo que la misma no es ni exhaustiva ni determinante, y que por lo menos algunas de estas formas no son tampoco “incomensurables” ni irreductibles. Por ejemplo, el “juego”: puede ser simplemente un instrumento para la experiencia estética o para la sociabilidad. Igualmente, sería muy arriesgado afirmar que para todos “la religión” es una forma básica de bien. Además, si de acuerdo a la teoría finnisiana, uno tiene que hacer su opción de vida, ésta no puede estar basada nada más en criterios de moralidad, sino tomando en cuenta otros elementos circunstanciales. Y si esto es así, entonces, las formas básicas de bien no pueden ser inconmensurables, porque, entonces, caeríamos en la arbitrariedad de exclusivizar la propia opción de vida, dejando de lado los otros elementos que necesariamente entran en la decisión de vida.

“Koterski, for example, argues that the constraints of finitude in any one's life means that the goods cannot all be equally pursued or perfected, so one's choice among them for a life-plan must be made on some ground other than morality, for morality, gives no basis for ranking them. Koterski's point is that freedom of choice to pursue some basic goods other than that Finnis's theory allows goes against his theory of incommensurability because the basic goods can not be incommensurable if one is to make these decisions without arbitrariness.”¹³²⁰

La crítica a la primera exigencia de la razonabilidad práctica (definir el rumbo de la propia vida, optando por una de ellas) es que si todas las formas básicas de bien tienen el mismo valor, cómo puedo dejar las más en razón de la opción realizada. “Finnis's answer to this question is to be found in his second requirement of practical reasonableness which demands that “there must be no leaving out account, or arbitrary discounting or exaggeration of any of the basic human goods’. Finnis acknowledges that any coherent plan of life will involve concentration on some objective goods at the expense of others, but what is required is that such a plan should be rational. One must choose a coherent plan of life on the basis of one's capacities, circumstances, and even one's tastes. But it would be unreasonable if it either gives too much value to instrumental goods like wealth, opportunity, reputation or pleasure or is based on some devaluation of a basic human good.”¹³²¹

¹³¹⁸ *Ibidem*, Pág. 17.

¹³¹⁹ *Ibidem*, Pág. 17.

¹³²⁰ *Ibidem*, Pág. 22.

¹³²¹ *Ibidem*, Pág. 17-18.

Finnis pone el ejemplo de una persona que optó por el conocimiento (la investigación científica). Esta persona no puede desconocer que la relación con los demás estudiantes es buena. Pero no puede dedicarse, dada su opción, a las relaciones sociales en perjuicio de su tarea investigativa. Ante ello, según Nirmal, se le puede cuestionar a Finnis cuál es el fundamento de la opción de vida. Y podría responderse que es la responsabilidad moral de la persona. Y, si fuera así, la teoría finnisiana se colapsaría, porque dejaría de estar fundada en bienes objetivos y su realidad sería que está sostenida en la subjetividad de la propia decisión de cada persona. “The argument implies that the capacity of persons to formulate individual plans is a moral capacity that must be respected. On this approach, the notion of respect for persons is independent of any questions about objective goods. If it is so then justice and right are prior to questions about the good life. But then, this thesis would sound the death-knell of Finnis's theory based on an account of objective goods.”¹³²²

Nirmal considera que la teoría finnisiana logra salvar la objeción principal en contra del iusnaturalismo: el derivar el “deber” del “ser”. Sin embargo, señala que los críticos tomistas de Finnis alegan que éste no puede llegar a las conclusiones a las que llega sin hacer un análisis metafísico de los valores: lo que realmente es valioso para el ser humano. Según Nirmal, la respuesta de Finnis es que él no se ha propuesto ni ha necesitado de una metafísica para concluir que el ser humano debe realizar los bienes básicos a fin de alcanzar su realización en unas circunstancias apropiadas: la comunidad total en la que se trabaja para establecer y sostener todas las condiciones necesarias para el desarrollo y crecimiento personal de todos sus integrantes: el bien común.

Estos críticos señalan que la teoría de Finnis, al estar fundamentada en la autoevidencia de las formas básicas, precisamente para evitar la falacia de que el “deber” sigue del “ser”, hace una teoría subjetiva, en la que cada uno puede tener sus preferencias en cuanto a las formas básicas de bien. En palabras del Profesor Nirmal: “As Finnis has developed his own theory of natural law out of an account of basic goods and requirements of practical reasonableness which he claims to be self-evident in order to make this theory immune from the charge of the naturalistic fallacy and not from a metaphysical account of human nature, all his evaluative claims ultimately rest upon arbitrary preferences, critics argue.”¹³²³

Josefh Koterski incluso ha definido la teoría finnisiana como una teoría kantiana cristianizada ('Christian Kantianism')¹³²⁴. Finnis, según el Profesor Nirmal, contesta que estos críticos no han entendido ni seguido su argumentación. “His argument is that the requirements of practical reasonableness drive his theory

¹³²² *Ibidem*, Pág. 18.

¹³²³ *Ibidem*, Pág. 20.

¹³²⁴ *Ibidem*, Pág. 20.

towards morality, not a philosophy of nature.”¹³²⁵ Y que él no desprecia la filosofía de la naturaleza; sólo que no la ha requerido para sustentar su tesis. Que su teoría se basa en la teoría del conocimiento, y que, en ese sentido, está totalmente en línea con el pensamiento de Tomás de Aquino: “who said knowledge of principles is *per se nota* and indemonstrabilia.”¹³²⁶

Sin embargo, los críticos de Finnis señalan que la “autoevidencia” requiere de una persona pensante y estudiada. “The problem with Finnis's approach is that the self-evidence of the basic goods is reliant on experience requiring all kinds of information historical, anthropological, sociological, and natural, scientific. For being the basic goods self-evident it is also necessary that one has sufficient philosophical training to enable him to analyse and understand the principles which the reflective reason grasps. Suppose that some one has wide experience of the kind suggested by Finnis and has thought out the matter carefully, it is still open for him to deny that his reflective reason grasps in the way Finnis's reason.”¹³²⁷

Finnis responde que, por ejemplo, en el caso de “la vida”, en todas las culturas y en todos los pueblos, siempre ha sentido la necesidad de protegerla y de condenar al que atenta contra ella. Sin embargo, sus críticos señalan que esto no responde a una autoevidencia, sino a conocimientos antropológicos y culturales.

Finnis trata, en su defensa, el argumento de la autorrefutación. Pero también aquí sus críticos señalan que el conocimiento puede considerarse como valioso al ser medio para otros conocimientos ulteriores. Y, en consecuencia, no sería irreductible, como lo hace ver Finnis en su teoría de las formas básicas de bien. “In giving you this or that information I may be committed to the judgment that the information is worth having. But I am not committed to the judgment that knowledge is valuable, I may hold that knowledge is valuable, only instrumentally, when it helps us attain our other goals without wasted effort. I may consider it worth knowing that knowledge is not in itself an objective good because this will save wasted effort in the acquisition of useless knowledge. In assuming that this item of knowledge is (instrumentally) good I am not committed to the view that all knowledge is in itself good.”¹³²⁸

Por otra parte, la lista de derechos humanos absolutos de Finnis es criticada y cuestionada por sus detractores. Por ejemplo, ¿cómo solucionar el conflicto ante el que se enfrenta alguien que busca, a riesgo de su propia vida, salvar a otro o a otros? Se estaría atentando en contra del derecho absoluto de no usar la vida de nadie como

¹³²⁵ *Ibidem*, Pág. 20.

¹³²⁶ *Ibidem*, Pág. 21.

¹³²⁷ *Ibidem*, Pág. 21.

¹³²⁸ *Ibidem*, Pág. 21, citando a N.E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence Justice Law and Rights* (Eastern Book Company), n.16, at p. 66

medio para obtener un fin, aunque éste sea bueno. “According to Finnis the answer here should be found in the tests of practical reasonableness. But search for the answer in the criteria of practical reasonableness may encounter difficulties in some cases.”¹³²⁹

Finnis por supuesto traería a colación su afirmación de que los principios de la razonabilidad práctica no son reconocidos por todos; y que es necesaria la madurez, experiencia y conocimientos suficientes para que los mismos se perciban en su autoevidencia.

Sin embargo, lo anterior provoca la crítica de Lloyd: “of course, if a substantial consensus of opinion does not support a particular right, how, can we be sure of its existence?”¹³³⁰

4.4.4.4. *Comentario a la Exposición de B.C. Nirmal*

El punto medular de la crítica que refiere Nirmal en contra de la teoría finnisiana, es en relación a las exigencias de la razonabilidad práctica: ¿cómo puedo escoger una forma básica de bien y no atender las otras? La inconmensurabilidad que señala Finnis haría que la opción se base en la subjetividad y se ofusque lo que Finnis realmente pretende: la objetividad de esas formas básicas de bien.

Finnis no excluye la subjetividad. Es más la afirma: cada uno escoge la forma básica de bien, sin excluir en absoluto los elementos de historicidad que influyen en esa decisión. Esta elección “subjetiva” no implica ni significa que los valores o las formas básicas de bien no sean objetivas. Precisamente por ser objetivas es por lo que son objeto de elección.

Lo anterior tampoco, en el pensamiento de Finnis, implica que los principios de la razonabilidad práctica excluyan que exista interacción entre las diversas formas básicas de bien. Esto es, si la opción se hace por el conocimiento, la teoría finnisiana no excluye que se hagan opciones también en relación a la amistad o al juego, y que incluso, a través de la amistad se logre llegar a un conocimiento más amplio o perfecto de la ciencia. La amistad es tal precisamente cuando el amigo aporta y enriquece. No cuando solamente acapara y consume. Finnis no aceptaría que se usaran como medios unas formas básicas de bien para avanzar en la opción elegida. Cuando esto se hace —que es siempre posible— no se está actuando de acuerdo a los principios o exigencias de la razonabilidad práctica.

Lo que el análisis finnisiano nos muestra es que cada una de las formas básicas de bien puede apoyar, y de hecho apoya, no como medio a fin, no como causa instrumental, sino, en todo caso, como causa formal en la realización de la opción tomada. En el ejemplo antes señalado de la amistad, no es que se tome o se

¹³²⁹ *Ibidem*, Pág. 27

¹³³⁰ *Ibidem*, Pág. 27

use al amigo para esprimirlo y conseguir un crecimiento en mis conocimientos. Lo que sucede en la amistad es que ella misma lleva al enriquecimiento mutuo en la opción que cada uno de los amigos haya elegido.

Cuando los críticos señalan que muchas veces el conocimiento se usa de manera instrumental y que, por tanto, no puede tener la característica de incommensurable, creo que Finnis les podría contestar que es también propio del conocimiento el hacerse partícipe y ayudar en la realización de otras opciones de vida. Incommensurable no es cerrazón. Incommensurable se dice de algo que no está sujeto a medida; no de algo que es inaccesible para los que no han hecho la opción por ese bien específico; o de algo que es excluyente. Si fuera como dicen los críticos de Finnis, entonces la teoría de éste convertiría a la sociedad no en un mundo pluralístico y multicultural, sino en un plano de ductos incommunicables entre sí. Y, por tanto, monocromático y sin sentido.

A los que señalan que las formas básicas de bien no tienen un fundamento racional, sino más bien cultural e histórico, Finnis les diría que el hecho cultural e histórico no lo niega, y que él mismo lo uso como elemento de comprobación de su deducción racional de las formas básicas de bien. Y que, independientemente del valor de esta comprobación, no puede negarse, de forma fundada, que esos bienes básicos son conocidos por la razón, que impulsa, mediante la conveniencia de su realización, a ejecutar los actos tendientes a ello. El que efectivamente sean siete las formas básicas de bien, o sean menos o sean más, es algo que no es necesariamente medular en la doctrina finnisiana.

Si los críticos se basan en que las formas básicas de bien dependen de la cultura, Finnis argumenta que precisamente la coincidencia en las diversas culturas, en otorgar valor a las formas básicas que él establece, es prueba –no directa sino indirecta- de la realidad de dichas formas básicas de bien.

La prueba directa es el conocimiento de la razonabilidad práctica. En este conocimiento, autoreflexivo, se hacen evidentes las formas básicas de bien. Y si todos los hombres somos iguales, entonces todos, independientemente de su cultura, tenemos la posibilidad –potencialidad- de llevar a cabo esta operación de conocimiento y *toparnos* con dichas formas básicas de bien.

4.4.5. Alex E. Wallin

Es abogado asociado en Blank Rome LLP, en Cincinnati, Ohio. Especializado en litigio mercantil y derechos del consumidor. Es Bachelor of Arts en filosofía por la Universidad de Virginia; y doctor en derecho por la Norman Adrian Wigginton School of Law en Campbell University.

4.4.5.1. Exposición

Wallin, en su artículo *John Finnis's Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods*, publicado *Campbell Law Review*,¹³³¹ expone los argumentos que Russell Hittinger esgrime en contra de la teoría finnisiana, concretamente, en contra de dos puntos fundamentales de la misma: (a) la idea de la incommensurabilidad de los bienes básicos; y, (b) la subsecuente y lógica idea de que no existe una jerarquía entre dichos bienes básicos.

Señala Wallin lo que se entiende por ley natural: “Natural law can generically be described as ‘an unwritten law which is superior to and is the measure of man-made law.’ Natural law scholars understand it to provide ‘a sort of a priori, intuitive knowledge of objective moral values’ and ‘an objective standard of right and wrong [that is] independent of the individual conscience’.”¹³³²

4.4.5.2. Teoría de Finnis

Según Wallin, en la teoría finnisiana la moral permea toda la vida: “Finnis argues that the principles of natural law are ‘traced out not only in moral philosophy or ethics and ‘individual’ conduct, but also in political philosophy and jurisprudence, in political action, adjudication, and the life of the citizen’.”¹³³³

La obligatoriedad de las leyes positivas es explicable, en la perspectiva de Finnis, sólo tomando en cuenta la moral: “He [Finnis] further asserts that ‘the principles of natural law explain the obligatory force... of positive laws, even when those laws cannot be deduced from [the principles of natural law]’.”¹³³⁴

“Finnis's natural law theory is divided into three distinct parts, each with its own purpose. Finnis argues that there are, first, a set of notions that ‘indicate the basic forms of human flourishing as goods to be pursued and realized’ and that are known to everyone who thinks about how they should act. These principles are buttressed by ‘a set of basic methodological requirements of practical reasonableness . . . which distinguish sound from unsound practical thinking and... provide the criteria for distinguishing between [reasonable and unreasonable acts].’ Following these methodological requirements allows one to distinguish between acting morally right or morally wrong and ‘to formulate... a set of general moral standards’.”¹³³⁵

¹³³¹ Vol. 35, Iss. 1 [2012], Art. 2; 10-1-2012. <http://scholarship.law.campbell.edu/clr> (21 julio 2015)

¹³³² *Ibidem*, Pág. 60.

¹³³³ *Ibidem*, Pág. 62.

¹³³⁴ *Ibidem*, Pág. 62-63.

¹³³⁵ *Ibidem*, Pág. 64.

“To Finnis, every reasonable person would assent to the value of these basic goods as objects of human striving, and these basic goods are ‘indemonstrable but self-evident principles [that shape] our practical reasoning’.”¹³³⁶

En cuanto a los bienes básicos, Wallin refiere que Finnis afirma que todos tienen un valor incommensurable, y, en consecuencia, no puede decirse que uno tiene mayor valor que otro. En otras palabras: no hay una jerarquía entre ellos. “There is also no hierarchy within the list, and thus, the basic goods are considered incommensurable. Finnis argues that the basic goods are ‘equally self-evidently a form of good.’ None of the basic goods ‘can be analytically reduced to being merely an aspect of any of the others, or to being merely instrumental in the pursuit of any of the others,’ and ‘each one, when we focus on it, can reasonably be regarded as the most important.’ These goods are also pre-moral, in that they do not ‘presuppose... any moral judgment’.”¹³³⁷

En cuanto a los principios de la razonabilidad práctica, Wallin indica lo siguiente: “A basic practical principle serves to orient one's practical reasoning, and can be instantiated (rather than ‘applied’) in indefinitely many, more specific, practical principles and premisses [sic].’ The principles of practical reason are derivations of the first principle of practical reason (‘FPPR’), which states, ‘Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided.’ The basic requirements of practical reasonableness, also referred to as basic practical principles, ‘are specifications of the FPPR’.”¹³³⁸ Y señala que “Finnis describes nine principles of practical reason that follow the FPPR.”¹³³⁹

Wallin expone que “In addition to the first principle of practical reason, Finnis describes a first moral principle. The first principle of morality (‘FPM’) states: ‘In voluntarily acting for human goods and avoiding what is opposed to them, one ought to choose and otherwise will those and only those possibilities whose willing is compatible with integral human fulfillment [sic].’ Finnis's discussion of the good of persons and communities refers to ‘integral human fulfillment,’ and not an ‘individualistic self-fulfillment.’ The FPM is ‘a guiding ideal rather than a realizable idea’ because it operates as a basic good and is open-ended. However, unlike a basic good, the FPM does not give reasons for acting; instead, ‘[i]t only moderates the interplay of [the] reasons’ given by the basic goods and allows deliberation to be ‘thoroughly reasonable’.”¹³⁴⁰

¹³³⁶ *Ibidem*, Pág. 64.

¹³³⁷ *Ibidem*, Pág. 65.

¹³³⁸ *Ibidem*, Pág. 65.

¹³³⁹ *Ibidem*, Pág. 66.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, Pág. 66.

Sobre los bienes básicos de la teoría finnisiana, Wallin señala: “The basic goods are goods sought for their own sake. These goods are ‘properly called ‘ends’ and are not those goods which are instrumental and thus considered ‘means’. These ends are to be considered ‘final ends’ but not in the sense of an objective and determinate final end. Rather, the basic human goods are final ends in that ‘they are ‘definite possibilities’ intuited independent of any other sort of knowledge’.”¹³⁴¹

“Finnis makes clear that these basic goods are not to be thought of as moral values. Stating that knowledge is good, or thinking of knowledge as a value, is not the same as saying that knowledge is a moral value. By saying knowledge is to be pursued—since it is a good, and the FPRP says that goods are to be pursued—Finnis is not saying that a moral obligation has been created. Finnis’s basic goods are to be thought of as intrinsically good in that all of these values should be considered good for their own sake and not for an instrumental purpose.”¹³⁴²

4.4.5.3. *Crítica a la Teoría de Finnis*

Wallin expone la crítica que Hittinger hace a la teoría finnisiana. En primer lugar, según Wallin, “Hittinger’s concern in reviewing this theory was to determine whether Grisez and Finnis had actually created an ‘authentically natural law method’... Hittinger concludes that, as a whole, the system fails. The problem with this theory is that it fails to ‘interrelate systematically practical reason with a philosophy of nature’. For Hittinger, a natural law theory ‘obviously requires a commitment to law as in some way ‘natural,’ and nature as in some way normative...”

Hittinger begins by recognizing that the Grisez-Finnis natural law theory postulates that each basic good is essential and that no hierarchy exists. When a person must make a choice, according to this natural law theory, there is no objective means of saying that any of the basic human goods inherent in a “particular intelligible possibility is definitely a greater good than another.”¹³⁴³

De acuerdo a Wallin, Hittinger afirma que “Grisez attempts to defend his—and necessarily Finnis’s—natural law theory and the incommensurability of the basic goods by way of a practical example. Imagine a person on a Sunday morning that is faced with the choice between going to church, playing golf, or reading the Sunday paper. Each one of these options possesses certain values. Choosing one does not reflect negatively on the others, but rather indicates the impossibility of performing all three acts simultaneously.

¹³⁴¹ *Ibidem*, Pág. 68.

¹³⁴² *Ibidem*, Pág. 68-69.

¹³⁴³ *Ibidem*, Pág. 72-73.

“In Finnis’s theory, the morally upright choice is determined by a person acting as if the choice to play golf is not made in a way that disrespects the other two goods. The morality of the choice is not, therefore, determined by an intrinsic or objective difference of rank between the different goods. Hittinger says that this is problematic, because:

“One can remain consistent with this scheme and say that a person who decides to go to church because she thinks that the worship of God has objective priority over playing golf, chooses in a way that is not in accord with the FPM; whereas a person who decides to read the papers, but who remains vaguely open to the possibility of going to church, makes a morally upright choice. Similarly, a person who chooses to develop his physical health, but who remains ‘open’ to developing his intellect, chooses in a morally upright way that cannot be met by someone who chooses to develop his intellect because this value is grasped as having an intrinsic superiority.

“Hittinger admits that this reasoning enables morality to place a check on fanaticism, but notes that it also makes the person that hierarchically orders his values a ‘virtual fanatic’...

“This position is counterintuitive, according to Hittinger, because moral goodness is especially identified with a commitment to superior values.”¹³⁴⁴

“Finnis insists that, since each basic good has its own irreducible nature and, when focused upon, each good ‘can reasonably be regarded as the most important’, no objective hierarchy exists. To further illustrate the point, Finnis uses an example where a person’s child has died right after birth, and the person’s attention is shifted to the basic good of life. In this instance, Finnis argues that life is not being regarded as a ‘mere precondition of anything else’... In response to this hypothetical, Hittinger argues that the logic is deceptive because what Finnis is positing is that because a person ‘can, in a given experience, regard this or that good as ‘the most important’, it follows that there is no objective order of importance among them.”¹³⁴⁵

Wallin considera que el reclamo a la opción de vida es la salida que tiene la teoría finnisiana para explicar el por qué subjetivamente se pueda dar un mayor valor a un bien básico que a otro. “Finnis addresses the practical necessity of a hierarchy of goods with the principle of a coherent life plan. Finnis states that ‘[i]mplicitly or explicitly one must have a harmonious set of purposes and orientations... as effective commitments’ which are not to be confused with a process of choosing basic values. The coherent life plan introduces the idea of ordering the goods so that a person can make morally appropriate choices.”¹³⁴⁶

La crítica de Hittinger en contra de la posición finnisiana la recoge Wallin en la forma siguiente: “Hittinger directly confronts the problems associated with Finnis’s requirement of adopting a coherent life plan. Finnis insists that adopting a

¹³⁴⁴ *Ibidem*, Pág. 73-74.

¹³⁴⁵ *Ibidem*, Pág. 74.

¹³⁴⁶ *Ibidem*, Pág. 75.

coherent life plan is the first mode of moral responsibility, which means that moral action can only begin after one adopts such a plan and that moral action changes with the adoption of a different life plan. This is initially problematic to Hittinger because Finnis seems to ‘presuppose... a notion of finality’ that is not readily noticeable from the use of the term ‘life plan’. The idea of finality with regard to pursuing goods is a facet of prior natural law theories that Finnis has attempted to reject by arguing that the basic goods create possibilities of fulfillment, rather than final ends. Therefore, according to Hittinger, Finnis’s use of the obligation of choosing a life plan essentially achieves the same result as requiring an ultimate end rather than a multitude of possibilities.”¹³⁴⁷

Además, “Hittinger notes a second problem with the coherent life plan. He argues that ‘Finnis is compelled to make the choice of a life plan a fundamental moral obligation...’ This is so even though the plan has no determinate content and must contemplate goods that have ‘no specific moral norms’ because basic goods are considered pre-moral and self-evident in Finnis’s theory and are the subject of disagreement among people. Thus, Finnis asserts that the choice of a life plan is ‘a matter of moral obligation’ but does not provide any criteria for judging whether the moral obligation is met in a particular scenario.”¹³⁴⁸

Ante tal situación, Hittinger, según Wallin, señala que “The ‘chooser’ would never have a practical tool to use to make his choice. Rather, he would be faced with an infinite number of possibilities with no real guidance in actually choosing a life plan.”¹³⁴⁹

“The above problem with Finnis’s system also applies to the issue of changing a life plan. If it is impossible to practically come to a decision on what life plan would be moral, how can we account for individuals who have made life plans, but change them? People’s lives can dictate changes that require differing life plans.”¹³⁵⁰

La respuesta de Finnis es “that a morally right actor can change his priorities without changing the relationship of the basic goods to each other. He argues that while changes in life plans alter the status of a value to that person, such changes do not affect the relationship of the values to each other, and ‘one’s reasons for choosing the particular ranking that one does choose are reasons that properly relate to one’s temperament, upbringing, capacities, and opportunities, not to differences of rank of intrinsic value between the basic values’.

¹³⁴⁷ *Ibidem*, Pág. 76.

¹³⁴⁸ *Ibidem*, Pág. 76-77.

¹³⁴⁹ *Ibidem*, Pág. 77.

¹³⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 77-78.

“Finnis adequately addresses the issue of the ability to change life plans, but he fails to account for the practical implementation of this possibility. Similar to the problem of actually knowing whether one’s choice in life plan is correct, the decision about a change in life plan can never actually be determined to be a morally correct one.”¹³⁵¹

Según Wallin, Hittinger anota una dificultad más en el sistema finnisiano. Dado que éste funda la moralidad en la elección, de conformidad a los primeros principios de la razonabilidad práctica, dicha elección siempre debe ser consciente. Por lo tanto, cuando una elección se hace instintivamente, no puede ser calificada de moral por más buena que sea en sí. Y pone el siguiente ejemplo: “Finnis’s list creates another issue involving actions taken by individuals where no true choice is made. Take, for instance, a person that sees another drowning in a river and immediately jumps in and saves the person. This Good Samaritan has not made any “choice” based on a coherent life plan; rather, she has instinctively acted without consciously making a choice to pursue the good of life. Can this person be said to not have acted morally because she did not go through a process of filtering a chosen life plan through the FPM of integral human fulfillment?”

“The hypothetical illuminates a fundamental flaw of having a system of morality where morality is only introduced at the stage of choosing a life plan. Under Finnis’s system, the hypothetical actor cannot truly be said to have acted morally in saving the person’s life because she has not chosen to act in accord with the FPPR as filtered through the FPM. Any actor that merely acts without consciously making a choice cannot be considered a morally good actor. This author dares to say that, regardless of reason or motivation, the Good Samaritan in the hypothetical acting to save the life of another should be considered a morally good actor and doubts that such a conclusion would be controversial.”¹³⁵²

Aunque Finnis niegue la existencia de una jerarquía en los bienes básicos, de todas formas su reclamo al bien común hace que dicha jerarquía aparezca: “Without the basic goods being subjected to a hierarchal order, there exists a potential for the common good to create a hierarchy of goods. If no inherent order of the goods exists, and the common good or community always values life over all other goods, then the actor’s requirement to foster the common good will necessitate that each change in life plan always values life over other goods. The actor who uses the common good as the mechanism for choosing between life plans subjects himself to an imposed de facto hierarchy of goods, which does not allow the actor a true choice in considering the choice or change of a life plan.”¹³⁵³

¹³⁵¹ *Ibidem*, Pág. 78.

¹³⁵² *Ibidem*, Pág. 79.

¹³⁵³ *Ibidem*, Pág. 80.

4.4.5.4. Comentario a la exposición de Alex E. Wallin

Wallin expone la crítica que Hittinger hace a la teoría finnisiana. Y ésta se centra en la posición de Finnis de que no existe una jerarquía objetiva de valores; cada una de las formas básicas de bien es inconmensurable. Para Hittinger, esta posición de Finnis lleva a considerar de igual valor el asistir a un acto religioso o el ver un partido de fútbol o leer el periódico; ya que depende de la opción que cada uno haya hecho, el que esa elección, una u otra, sea igualmente valiosa. Cuando la realidad, según Hittinger, muestra que todos los hombres tenemos prioridades y una efectiva jerarquización de valores.

Finnis podría responder a Hittinger que su teoría también afirma –una de las exigencias de la razonabilidad práctica– que no se debe actuar en contra directamente de los otras formas básicas de bien. La persona que tiene ante sí la opción de ir a la Iglesia, hacer ejercicio o leer el periódico no puede, en la concepción finnisiana, leer el periódico si esa elección va en contra del valor de la religión, aunque su opción de vida sea el conocimiento, y, como parte de ello, la información que adquirirá leyendo el periódico. Lo único que postula y afirma la teoría finnisiana es igualdad de valor en las formas básicas de bien, como algo objetivo. Subjetivamente, así lo sostiene Finnis, sí hay prevalencia en las elecciones: si he optado por el conocimiento, tendré que privarme, en ocasiones, del juego o de ratos para la socialización. Lo que no significa que elija actos, a favor del conocimiento, que atenten contra el juego y la amistad.

Por lo que respecta al cambio en la opción de vida, es decir, escoger una forma básica de bien distinta a la que antes había escogido: por ejemplo, una persona que había optado por la religión y la había hecho a ésta su vida profesando los votos en una congregación, decide, después de años, salirse y tomar el camino del matrimonio. Hay un cambio evidente de opción de vida. Lo que no significa que por ese hecho se dé una jerarquía objetiva en los bienes básicos. Éstos no han cambiado; el sujeto, la persona, es la que ha cambiado su opción. Y ahora, lo que antes no tenía para él tanta importancia –la relación interpersonal y amorosa con otra persona– lo tiene; sin que ello signifique que el cambio de opción dañe el bien de la religión.

Finalmente, Hittinger acusa a Finnis de caer en el teleologismo (finalismo) del que pretende desligarse. Porque, en último término, al afirmar que la elección de una forma básica de bien y la conformación de un plan coherente de vida con relación a esa elección produce la realización personal, Finnis está aceptando que es el fin el que atrae al hombre, como lo había señalado ya Aristóteles y Tomás de Aquino.

Hasta donde yo entiendo, Finnis no niega ni excluye en aras de su teoría la teleología. Finnis acepta, incluso al fundamentar la ley y la obligatoriedad de la misma, en ese conjunto de cosas incausado que denomina D, que éste no es solamente la causa eficiente, sino también la causa final de todo, como lo había ya dicho Tomás de Aquino.

La evidencia de las formas básicas de bien no excluye, al contrario, implica, que el hombre tienda a realizarlas para alcanzar su plenitud. Hittinger no está en lo correcto cuando afirma que Finnis, para deslindarse de la objeción humeana tiene que rechazar el finalismo: si la naturaleza no es afirmada como causa final, entonces el deber no deriva del ser. Pero la teoría finnisiana no toma la naturaleza desde fuera, como algo a lo que hay que tender, en el sentido de un movimiento físico que pasa de un lugar de origen a un lugar de destino. El movimiento del que habla Finnis es el movimiento personal, del enriquecimiento de la propia esencia, de la personificación. Algo existencial, no mecánico. Algo que tiene que ver con la forma, no con la materia.

4.5. COMENTARIO FINAL

Las críticas a la teoría finnisiana ayudan a entenderla mejor. Y, en resumen, se centran principalmente en la relación intrínseca que sostiene Finnis existe entre moral y derecho. Hay un punto que me parece importante resaltar: los argumentos adversos dejan entrever, y algunos en forma expresa aceptan, que el derecho tampoco puede sostenerse sin referencia a la moral. En otras palabras, lo que los críticos de Finnis muestran es que la ley positiva, como pura forma, absolutamente libre de contagio de la moral, no se da.

Natural Law and Natural Rights ha venido a despertar el debate sobre la ética, no como una ciencia aislada y extraña al derecho. Sino como algo esencial a toda conducta humana. Y, por lo tanto, esencial al derecho.

Capítulo 5.

FORMULACIÓN PERSONAL INTERPRETATIVA DE LA TEORÍA FINNISIANA

5.1. EL PUNTO DE PARTIDA POSITIVISTA

La teoría de Finnis la podría expresar en los términos siguientes: la ley positiva es una realidad. Los estados, incluso la comunidad internacional, no podrían existir sin disposiciones normativas. Los profesionales del derecho –abogados y jueces- hablan de leyes, aplican leyes, fundamentan sus criterios y puntos de vista en leyes. Los políticos se refieren constantemente al marco normativo y al Estado de Derecho. Los sociólogos señalan como un elemento fundamental para la convivencia en sociedad, al derecho, entendiendo por tal, las leyes. Y la misma gente, común y corriente, se refiere de una u otra manera, casi cuotidianamente y no sólo de manera inconsciente, a las leyes: cumplir con las normas de tránsito; cumplir con las disposiciones impositivas de predial; pagar la cuota condominal no sólo porque se forma parte de esa comunidad que comparte una forma específica de propiedad, sino porque existe una ley que regula este tipo de convivencia; cumplir con las obligaciones alimentarias respecto a los hijos o a la excónyuge, aunque no sea de buen grado, porque la ley obliga a ello, etcétera, etcétera.

La ley positiva, la emanada por las autoridades, es una realidad apabullante en nuestro vivir cotidiano. Todos nos encontramos con la ley cuando contraemos matrimonio, cuando asistimos al nacimiento de un hijo, cuando se opta por el divorcio, cuando muere un ser querido, cuando viajamos al extranjero, cuando sufrimos o cometemos una accidente vial, cuando compramos la casa en que vivimos... La ley positiva parece estar en todas partes y regular todos los rincones de nuestra existencia. No la podemos negar; sería absurdo pensar que no existe la ley. Ahí está y se deja sentir aunque no seamos abogados o no sepamos gran qué de las normas.

Todavía, como reminiscencia de aquella antigua concepción religiosa de las leyes, percibimos la necesidad de tener un abogado cerca. Así como es necesario un médico de confianza, así resulta el abogado, el que conoce las leyes, el que puede penetrar en la fuerza que implican, el que nos puede proteger de los malos “augurios” que pudieran traernos las disposiciones normativas, en lo personal y en lo familiar.

La ley positiva es el objeto inmediato de estudio del derecho. Es lo que se tiene a la mano; la materia a analizar y diseccionar para entender lo que es. Las leyes, las que rigen la vida en sociedad, son el punto de partida de nuestro estudio.

A la manera de un científico de las ciencias naturales, Finnis se dedica a examinar las leyes positivas; las convierte en el centro de su análisis, y se pregunta

qué son y por qué y para qué existen. Es decir, se cuestiona sobre la esencia y las causas de lo que tiene frente a sí.

Un biólogo, un químico o incluso un historiador, diseccionan su objeto a estudio, analizan cada una de sus partes, las clasifican; consideran las circunstancias que pueden dar origen a ese pedazo de materia, elemento o cultura, y formulan hipótesis que tratan de comprobar.

Estas hipótesis generalmente están expresadas en forma de supuestos: “si se da ‘A’ entonces, necesariamente tendrá que suceder ‘B’”. Pueden incluso establecer la relación matemática entre ‘A’ y ‘B’. Y sólo cuando han acreditado dicha relación en otros casos, hablan de la formulación de una ley. No como producto de una actividad creadora, sino como un descubrimiento de algo que siempre se ha dado pero que no se había formulado antes. Y, consecuentemente, como algo de lo que no se podía echar mano de manera intencional para mejorar los instrumentos técnicos; evitar, prevenir o al menos controlar fenómenos naturales; hacer aplicaciones a la salud y, en general a todo aquello que conocemos y llamamos “cultura”.

A medida que la ciencia ha ido descubriendo las leyes naturales, el hombre ha ido ‘controlando’ la ‘naturaleza’. Antes era misteriosa, imponente, temida, y, por tanto, divinizada. Hoy no lo es. Por el contrario se la ha explotado sin misericordia¹³⁵⁴; y hoy en día se ha ganado un gran número de defensores, aunque todavía no suficiente, para revertir los daños que le estamos causando.¹³⁵⁵

Finnis no está muy lejos de los científicos indicados en los párrafos anteriores. Su metodología es claramente positivista: la realidad existente. Y esta

¹³⁵⁴ “El Patriarca Bartolomé se ha referido particularmente a la necesidad de que cada uno se arrepienta de sus propias maneras de dañar el planeta, porque, «en la medida en que todos generamos pequeños daños ecológicos», estamos llamados a reconocer «nuestra contribución –pequeña o grande– a la desfiguración y destrucción de la creación»[14]. Sobre este punto él se ha expresado repetidamente de una manera firme y estimulante, invitándonos a reconocer los pecados contra la creación: «Que los seres humanos destruyan la diversidad biológica en la creación divina; que los seres humanos degraden la integridad de la tierra y contribuyan al cambio climático, desnudando la tierra de sus bosques naturales o destruyendo sus zonas húmedas; que los seres humanos contaminen las aguas, el suelo, el aire. Todos estos son pecados»[15]. Porque «un crimen contra la naturaleza es un crimen contra nosotros mismos y un pecado contra Dios.» (8). Papa Francisco, Encíclica *Laudato Si*.

¹³⁵⁵ “Es loable la tarea de organismos internacionales y de organizaciones de la sociedad civil que sensibilizan a las poblaciones y cooperan críticamente, también utilizando legítimos mecanismos de presión, para que cada gobierno cumpla con su propio e indelegable deber de preservar el ambiente y los recursos naturales de su país, sin venderse a intereses espurios locales o internacionales”(38) “Adentrándonos en los mares tropicales y subtropicales, encontramos las barreras de coral, que equivalen a las grandes selvas de la tierra, porque hospedan aproximadamente un millón de especies, incluyendo peces, cangrejos, moluscos, esponjas, algas, etc. Muchas de las barreras de coral del mundo hoy ya son estériles o están en un continuo estado de declinación: «¿Quién ha convertido el maravilloso mundo marino en cementerios subacuáticos despojados de vida y de color?»[25]. Este fenómeno se debe en gran parte a la contaminación que llega al mar como resultado de la deforestación, de los monocultivos agrícolas, de los vertidos industriales y de métodos destructivos de pesca, especialmente los que utilizan cianuro y dinamita. Se agrava por el aumento de la temperatura de los océanos.” (41). *Ibidem*.

realidad analizada concienzudamente, con meticulosidad, de acuerdo a los cánones más estrictos de la escuela en la que se formó: la del análisis del lenguaje, es de la que extraerá la formulación de su teoría.

¿Qué es, entonces, la ley que prescribe una conducta? Una expresión significativa de una obligación de hacer o no de hacer algo, en el más amplio sentido de actuar (*agere*). Es decir, incluso obligación de no decir algo para evitar la injuria y, finalmente, el daño moral. O, también, obligación de decir la verdad y sólo la verdad cuando se da testimonio. O, de dar o no dar un bien a otro. No debo, por ejemplo, entregar el bien depositado a otra persona que no sea el depositante.

La ley positiva, por tanto, tiene que ver con el comportamiento humano. Tiene una esencia totalmente distinta a la ley natural. Ésta existe; sólo es descubierta. Siempre ha estado ahí, sólo que no se había formulado. Es “el alma” de la naturaleza, su clave para entenderla. No es algo propio del hombre; es propia de la naturaleza. No tiene que ver con obligaciones; son formulaciones explicativas de hechos¹³⁵⁶.

La ley como “expresión significativa de una obligación”, en cambio, tiene que ver con el hombre; está dirigida a él. Se refiere a una conducta que debe observar. No se descubre; se crea o promulga. Con ella no se “domina” al hombre; hace posible que éste pueda realizarse. No es medible matemáticamente; ni de resultados definitorios absolutos. Siempre existirá la probabilidad de incumplimiento, de inobservancia, de actuar de un modo distinto al previsto en la norma, en esa “expresión significativa de una obligación”.

Lo que se tiene bajo el microscopio es la ley promulgada por la Autoridad competente para ello en un Estado. Es lo que conocemos de forma inmediata como “ley”. Y a esta ley la calificamos de “jurídica”. Jurídica porque, de forma más o menos clara, entendemos que tiene relación con el *ius* (derecho); y que éste, el derecho, se refiere o está conectado de alguna forma con la justicia.

Así hablamos a diario de que se “aplique la ley para que se haga justicia”. Sabemos que los derechos se hacen valer ante “los tribunales de justicia”. Intuimos que la justicia es algo que nos corresponde, y sentimos “la injusticia” como una herida profunda y dolorosa, no obstante que su conceptualización no esté al alcance de todos.

¹³⁵⁶ “Por la índole de su objeto, las leyes naturales refiérense indefectiblemente a lo que es, en tanto que las normas estatuyen lo que debe ser. Aquéllas no se dirigen a nadie; éstas sólo tienen sentido en relación con seres capaces de cumplirlas. Las leyes naturales implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos. El supuesto filosófico de toda norma es la libertad de los sujetos a quienes obliga.” GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Introducción al Estudio del derecho*. Ed. Porrúa, 36ª. México 1984. Pág. 6.

5.2. ESPECIFICIDAD DE LA LEY JURÍDICA

Del análisis de la ley positiva se desprende que ésta no es otra cosa, como ya lo he dicho, sino una “expresión significativa de una obligación”: “debes (obligación) hacer ‘A’”. En realidad, las leyes jurídicas, en su mayoría, tienen otro elemento: la sanción. Si no se cumple con la obligación que impone la ley, se actualiza la sanción que ella misma establece. Pero la sanción no aparece como algo esencial a la ley jurídica. Kelsen llamó normas imperfectas a las leyes jurídicas que no establecen sanción. Pensó que una ley sin sanción en realidad no es ley; su concepción antropológica lo obligaba a ello: el hombre cumple la ley sólo por temor a la sanción; no porque vea en el actuar que ordena la ley un acto que lo enriquece o personaliza.

Tampoco, del análisis de la ley jurídica, se desprende que necesariamente su formulación tenga que ser “Si es ‘A’, debe ser ‘B’”, correspondiendo la primera parte a un supuesto, y la segunda a una consecuencia posible. Es cierto que muchas de las normas en materia penal, están formuladas así: si robas, si privas de la vida a otra persona, si abusas de la confianza de otro, serás sancionado con pena privativa de la libertad o con multa y, en todos los casos, a la reparación del daño. Pero incluso en este tipo de normas no se corresponde su expresión textual a la fórmula de “Si es ‘A’, debe ser ‘B’”. En realidad lo que dicen las normas penales es: no debes (obligación) robar, privar de la vida, abusar de la confianza, etc. Si lo haces, se te aplica la sanción. Esta última parte –la sanción– no es estrictamente necesaria o esencial a la ley. No dejaría de ser ley jurídica, en sentido pleno, la disposición que sólo dijera: no debes (obligación) robar. Las razones de la sanción, como veremos después, son extrínsecas a la ley.

¿Quién manifiesta o formula la “expresión significativa de una obligación”? Como se señaló anteriormente, una ley natural la descubre y la formula el científico. No necesita una cualificación competencial. Esa ley, es verdaderamente ‘ley natural’ cuando soporta todas las verificaciones que se hacen sobre la misma, no importando el lugar del planeta o del universo en que se hagan. En cambio la expresión significativa de una obligación tiene que ser emitida, por supuesto, por una persona; sólo las personas somos capaces de emitir signos (lenguaje) significantes para los otros. Sin embargo, para que una expresión significativa de una obligación tenga el carácter de ley, debe ser hecha por quien tengan la facultad para ello en un Estado¹³⁵⁷. Y esa facultad está necesariamente establecida, a su vez, en otra expresión significativa de una obligación. Es decir, está prescrita en ley.

¹³⁵⁷ “El término ley proviene de latín *lex, legis*, que significa los preceptos o disposiciones dictados por la autoridad y que versan sobre materias de interés común, con la característica de ser general, abstracta, imperativa, obligatoria y dictada por el Congreso.” PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y Jesús Javier Cruz Velázquez: *Introducción a la técnica legislativa en México*. Artículo traducido por María Bono López e incorporado a *Elementos de técnica legislativa*, Coordinado por Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2000, pág. 118-119.

En su momento nos detendremos a ver el origen del estado y las implicaciones de los límites competenciales. Por ahora, bástenos concluir que lo esencial de la ley jurídica, en cuanto jurídica, es que la expresión significativa de la obligación la determina el Estado. Esas leyes de las que hablamos y con las que tenemos que ver todos los días, son leyes emanadas por las autoridades estatales.

¿De dónde obtuvimos el término jurídico? Hasta el momento sólo habíamos hablado de la ley como “expresión significativa de una obligación”, y que esta expresión es dictada por el Estado. El calificativo de “jurídicas” está implícito en la “expresión significativa de una obligación”. Esto es, la ley determina una obligación de actuar de una determinada manera no porque le guste o sea de la conveniencia de la autoridad. Se promulga una ley porque, en palabras, de Finnis, da solución a “un problema de coordinación” entre los miembros de una comunidad estatal. Esa solución, para que en verdad sea tal, tiene que prever que se respeten los derechos de todos; y, cuando exista conflicto entre derechos, que los derechos de primer orden no sean sacrificados en aras de los derechos de segundo o tercer orden¹³⁵⁸.

Son jurídicas, por tanto, las leyes emanadas por el Estado porque tienen que ver con los derechos de las personas que integran la comunidad estatal. Y, en razón de ello, dicen relación con la justicia. A reserva de tratar el tema más adelante, indiquemos que la justicia, como decían los romanos, es el hábito –esto es, la actitud constante- de dar o respetar a cada uno lo que le pertenece por derecho.

¿Significa esto que sólo las leyes del Estado son jurídicas? ¿Qué sólo ellas tienen o dicen relación con la justicia? De momento digamos que sí. Sin embargo, en el curso de esta reflexión, a contrapelo de lo que el propio Finnis establece, vamos ver que hay todavía campo para la justicia más allá de lo puramente jurídico, de lo estrictamente estatal. La justicia exige realizarse incluso donde no existe ley positiva; donde la ausencia de ésta deja sin indicación, sin expresión significativa a la cual referirse en una determinada situación. Fuera de los límites del derecho positivo hay exigencias de justicia.

Acabo de introducir otros dos términos: “derecho” y “positivo”. Por derecho hemos de entender, para los efectos propuestos en este apartado, el conjunto de leyes (expresiones significantes de una obligación) emanadas (promulgadas) por los órganos competentes del Estado. Estas leyes son positivas, precisamente porque son “puestas” por el Estado. Entonces, “derecho positivo” será toda ley promulgada por quien, dentro del Estado, tiene facultad para ello, sea en sentido material sea en sentido formal.

¹³⁵⁸ En la segunda mitad de junio del 2015, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó los amparos en revisión interpuestos por los maestros disidentes en contra de la ley de Servicio Profesional Docente, ley general de Educación y ley del Instituto Nacional para la **Evaluación de la Educación** (reforma educativa). Los inconformes reclamaron la inconstitucionalidad de diversos artículos de estas leyes por violar, en su criterio, sus derechos laborales. La Corte argumentó que no se viola tal derecho y que, aún en el supuesto sin conceder de que hubiera un conflicto de derechos, por encima del derecho a la permanencia en el trabajo, está el derecho “superior” de los niños a una educación de calidad. El Ministro ponente fue el Ministro José Fernando Franco González Salas.

En los Estados modernos, la facultad formal de discutir y aprobar leyes es del órgano legislativo. La promulgación es un acto propio del ejecutivo. Este último tiene también facultades legislativas en el sentido material: Artículos 29 (facultades extraordinarias), 89 (facultad reglamentaria) y 131, segundo párrafo (facultades en materia arancelaria) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³⁵⁹, además para dictar normas en materia de salubridad general.

Lo esencial, lo específico, pues, de la ley jurídica es que es emanada por un órgano competente del estado y, por lo tanto, que es “puesta”; esto es, dicha expresión significativa de una obligación está materializada en la publicación que de ella se hace, de manera que es precisa, clara, definida, no obstante que pueda ser sujeta de interpretación por el poder judicial. En otras palabras, una ley jurídica no lo es si no está materializada mediante su promulgación y publicación. Y es jurídica porque tiene por objeto la justicia.

5.3. DIFERENCIAS DE LA LEY JURÍDICA CON OTRAS EXPRESIONES SIGNIFICANTES DE UNA OBLIGACIÓN

En consecuencia con el resultado del análisis hecho a la ley jurídica, insisto en establecer lo siguiente: es una expresión significativa de una obligación, realizada por la autoridad estatal competente para ello, con el objeto de dar una solución justa a un problema de coordinación. Lo anterior implica que la ley jurídica necesariamente tiene que distinguirse de otras expresiones significantes de obligación que no son emanadas de los órganos estatales competentes y/o que no tienen por objeto la justicia y/o que no implican una solución a un problema de coordinación en una comunidad estatal.

¿Cuáles serían otras expresiones significantes de obligación que no son leyes jurídicas? Podemos hablar: (i) en primer lugar, de las “normas” de etiqueta o “normas” sociales o “normas” de buen gusto o de educación. (ii) En segundo lugar, de las reglas que se da una corporación; de las que se da un grupo de amigos para jugar dominó una, dos o tres veces a la semana; o de las que se impone una banda delincuencial. Y (iii) de las normas morales, entendiendo por moral, en principio, lo que hace cada persona pensando que es bueno, por el motivo que sea: el placer, la moda, la felicidad o la racionalidad.

La obligatoriedad de la ley jurídica es indudablemente un elemento que la hace distinta de las demás expresiones normativas. No da opciones para la decisión personal respecto a lo que se debe hacer, ni tampoco permite parámetros de

¹³⁵⁹ “En el lenguaje jurídico, el término ‘ley’ se encuentra empleado en dos sentidos radicalmente diversos; mejor dicho, opuestos. 1. En sentido *formal*, se dice ‘ley’ a cualquier acto o documento que – independientemente de su contenido normativo- emana del órgano legislativo, y que goza por eso de un peculiar régimen jurídico (en particular: que sea eficaz *erga omnes*). 2. En sentido *material*, se dice ‘ley’ a cualquier acto o documento que, independientemente del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, exprese (o ‘contenga’) normas generales y abstractas.” GUASTINI, Ricardo: *Ley*. Artículo traducido por María Bono López e incorporado a *Elementos de técnica legislativa*, Coordinado por Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2000, pág. 61.

cumplimiento. Simplemente se cumple con la ley o se incumple con ella. No se pueden dar cumplimientos a medias. Finnis llama a esta característica: “invariabilidad”.

Cuando en un contrato de arrendamiento las partes establecen, por ejemplo, que será causal de rescisión la falta de pago de más de una de las rentas, no es que se esté permitiendo el incumplimiento a medias. Lo que pretenden las partes es no irse a un procedimiento judicial por incumplimiento inmediato. Pero que éste existe es indiscutible. Y no por el hecho de pagar rentas atrasadas desapareció el supuesto de incumplimiento. Hace años (hasta el 2000), en el Distrito Federal se regulaba el juicio especial de desahucio para casa habitación. El arrendador, ante el incumplimiento del arrendatario en el pago de la renta, podía ejercer la acción y pedir fuera desalojado el inquilino y le fuera entrega la posesión del bien objeto de dicho arrendamiento. Pero si el arrendatario, en cualquier etapa del procedimiento, siempre que fuera antes del lanzamiento, exhibía ante el juez la cantidad adeudada le era dado seguir en posesión del bien, con el carácter de arrendatario. Aún así, ello no equivalía a que no hubiera habido incumplimiento; simplemente el legislador consideró que con el pago se obtenía lo que el arrendador pretendía, aunque muchas veces no sólo éste quería el pago sino ya no tener la relación contractual con el inquilino. La norma positiva, en este ejemplo, puesta por los contratantes, se incumple al momento en que no se paga en tiempo y forma la renta¹³⁶⁰.

¹³⁶⁰ En 1992, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó tesis de jurisprudencia al respecto. Época: Octava Época; Registro: 206795; Instancia: Tercera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 56, Agosto de 1992. Materia(s): Civil. Tesis: 3a./J. 10/92. Página: 21.

DESAHUCIO. EL PAGO DE LAS PENSIONES DEBIDAS IMPIDE LA EJECUCION DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA QUE LO DECRETA.

El juicio especial de desahucio es por naturaleza ejecutivo y, por tanto, la sentencia que ahí se dicte debe decidir sobre la procedencia de la ejecución, es decir, del requerimiento y apercibimiento de lanzamiento que se hace en el auto inicial. Por ello, la interpretación armónica de los artículos 490, 492 y 496 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal debe ser lógicamente en el sentido de que la sentencia condenatoria deja viva la providencia de lanzamiento de que se apercibe inicialmente al inquilino. La expresión providencia de lanzamiento que utiliza el artículo 492 no puede circunscribirse al acto procesal sino a la decisión de lanzamiento, porque entre providencia de lanzamiento y sentencia de lanzamiento no hay diferencia sustantiva en tanto que la segunda decide sobre la procedencia de la primera, declarándola subsistente y señalando el plazo para la desocupación que será el que falte para completarse el previsto en el artículo 490. En consecuencia, el pago de las pensiones debidas con posterioridad a la existencia de una sentencia ejecutoriada que decreta el desahucio impide el lanzamiento, debiendo el juez declarar improcedente la diligencia y condenar en costas al inquilino con fundamento en el segundo supuesto previsto por el artículo 492, máxime si se considera que el objeto del juicio especial de desahucio es el lanzamiento por la falta de pago de dos o más mensualidades, pero no la terminación o rescisión del arrendamiento, por lo que no siendo materia de la sentencia relativa la extinción de la relación contractual, aun cuando exista sentencia condenatoria, tal relación sigue vigente, de suerte tal que si el inquilino paga las rentas debidas no puede ejecutarse el lanzamiento que fue decretado sólo por la falta de pago, obligación que quedó cumplida; lo contrario implicaría dejar en estado de indefensión al arrendatario por lo que a la terminación del arrendamiento se refiere. Además, el lanzamiento decretado en la sentencia debe suspenderse en virtud del pago de las pensiones debidas, pues no puede ejecutarse cuando la situación sobre la que juzgó ha variado; lo único que sustenta la sentencia condenatoria es la falta de pago, ejecutándose éste se extingue el hecho que la sustenta y que legalmente

No hay, pues, cumplimientos parciales de la ley. Que los tribunales y las partes interesadas consideren, en casos concretos, tales cumplimientos parciales para efectos de la sanción, es otra cuestión que no tiene que ver con el carácter de la obligación de la ley positiva.

5.3.1. Diferencias con las normas sociales

Las normas sociales, de etiqueta o de buena educación no tienen una nítida y bien configurada obligación. Obligan en su sentido etéreo. No se siente el peso de la obligación. Es más bien un asentimiento a seguir determinadas pautas para no desentonar en el grupo social. El dicho de “al lugar que fueres haz lo que vieres” refleja muy bien esta idea. Si por primera vez entramos a un restaurante elegante, en el que la vestimenta es formal, y nos encontramos con más utensilios en la mesa de los que normalmente se ponen en los lugares frecuentados, la actitud no es la de sentir una obligación de poner la servilleta sobre las piernas o de no tomar vino hasta que el sommelier haga su presentación y lo dé a probar a uno de los comensales. Lo que se siente es la inquietud y el nerviosismo de no realizar un movimiento brusco que lleve al traste las delicadas copas y la elegante vajilla. No se asume la obligación de no gritar ni reír sonoramente; sino que se percibe la conveniencia de ser discreto, mesurado, elegante. Si por casualidad no uso el cuchillo apropiado para comer el pescado, no percibo que he incumplido con una obligación. En todo caso, si siento las miradas de los demás sobre mí, quizás me ruborice y, en el mejor de los casos, ni siquiera sepa por qué me están mirando.

En la terminología finnisiana, las normas de la etiqueta social serían el analogado menos fuerte; el más débil, con respecto a la ley en sentido estricto. En palabras de algunos pensadores positivistas, (Stammler) las normas sociales no son normas. “Son (sólo) invitaciones que la colectividad dirige el individuo, incitándolo a que se comporte en determinada forma.”¹³⁶¹ Para Jhering, la diferencia sólo radica en la intensidad de la coacción: en la ley jurídica, el estado interviene para hacerla cumplir. En la norma social, la coacción es puramente psicológica. Para Recasens Siches, “la diferencia... (está) en la naturaleza de las sanciones y, sobre todo, en la finalidad que persiguen. La de los usos tiende al castigo del infractor, mas no al

hacia procedente el lanzamiento derivado del juicio de desahucio. La interpretación aquí establecida respecto del artículo 492 está en armonía con el espíritu y la intención que han motivado al legislador en la materia inquilinaria, pues además de que favorece al arrendatario, parte débil en la relación contractual, en la medida que el pago de las rentas debidas suspende el lanzamiento decretado en la sentencia, respeta los derechos del arrendador, pues si a través del juicio especial de desahucio solicitó el lanzamiento por la falta de pago de las mensualidades y no la terminación del arrendamiento, al cumplir el inquilino con su obligación de pago, satisface el derecho del arrendador de recibir las rentas más las costas causadas.

Contradicción de tesis 20/91. Entre las sustentadas por el Segundo y Cuarto Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito. 1o. de junio de 1992. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

¹³⁶¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: *Ibidem*. Pág. 16.

cumplimiento forzado de la norma; la jurídica, en cambio, persigue como finalidad esencial la observancia del precepto.”¹³⁶²

Las normas de educación o usos sociales como los llama García Maynez, no tienen un origen definido. No podemos determinar quién las aprobó ni quién las “promulgó”. Por eso se distinguen de la ley jurídica. Igualmente, los usos sociales no tienen por objeto la justicia, no por lo menos en forma inmediata; no pretenden, con su observancia, que se respete o se retribuya lo que le corresponde al otro. En el ejemplo del restaurante, mi “error” de usar un cuchillo distinto al destinado para el pescado no implica violación a algún derecho de ninguno de los comensales.

Las normas de etiqueta expresan –no lo he negado– una obligación de comportarse de una determinada manera. Pero esta obligación no tiene precisamente el carácter de personalizante, en el sentido que más tarde se indicará. Tampoco representan una solución para un problema de coordinación. Sobre estos dos aspectos (personalizante y solución a un problema de coordinación), volviendo una vez más al ejemplo del restaurante, el hecho de usar el cuchillo ordinario para partir el pescado, no es algo que me haga menos como persona. El hecho puede pasar desapercibido, o puedo incluso, con ocasión de ese uso “incorrecto”, hacer una broma apropiada y elegante y salir airoso de la situación. Pero todo ello, no implica que me haya hecho menos como persona. Y, en relación al punto de la solución a un problema de coordinación: el “incumplimiento” a la norma de usar un cuchillo con determinadas características no es una solución a un problema de coordinación, simplemente porque no existe ningún problema de coordinación. Tan no existe, que la comida se desarrolla con toda tranquilidad, y lo peor que puede suceder es que mis compañeros comensales “educados”, no me vuelvan a invitar, por mi falta de refinamiento.

Por tanto, lo más adecuado, a mi entender es usar, como Finnis la usa, la analogía: los usos sociales son normas, pero en sentido débil. Tienen ciertas características de las leyes jurídicas, pero no llegan a colmar toda la esencia que éstas tienen.

5.3.2. Diferencias con las reglas de un grupo intermedio

En una escuela, en un club de amigos, en la familia, en una banda delincuencial hay normas. Los integrantes de estos grupos tienen obligación de cumplirlas; de lo contrario, son expulsados, no se les vuelve a invitar o reciben “castigos”: amonestación, aviso público en el tablero, pago de una cantidad adicional por multa o por mora... Estas normas pueden estar escritas o no. Su promulgación sí es atribuible a una persona concreta, determinada: el Director de la escuela, la asamblea del club, el padre y/o madre de familia, el jefe de la banda.

En realidad, muchas de esas normas si no es que todas, sí son soluciones a problemas de coordinación entre los miembros de esos grupos. Y, por tanto, el

¹³⁶² *Ibidem*. Pág. 32.

incumplimiento afecta la esfera de ‘derechos’ de los otros. Luego, sí tienen que ver con la “justicia”, en el sentido literal de lo que le corresponde al otro. En la banda de ladrones, el incumplir con la entrega del botín a uno o a más de los integrantes de la misma, sería lesionar sus “derechos”; y, consecuentemente, inflingirles una “injusticia”.

Por lo tanto, si nos atenemos a las características señaladas para la ley jurídica, en realidad, lo único que les falta a estas normas de los grupos intermedios, es que no son sancionadas ni promulgadas por un órgano del estado. Pero son, en cuanto expresiones significantes de una obligación, normas. Les falta el carácter de generalidad, que lo da, en las leyes jurídicas, el hecho de ser estatales.

Pero también en un estado federal, hay leyes que rigen sólo para los habitantes de una región y no para todos. ¿Cuál sería, entonces, la diferencia específica de este tipo de normas de grupo en relación con las leyes jurídicas? El que su validez y campo de aplicación es limitado: solamente son para los integrantes de ese grupo en específico. Pudiera ser que, con posterioridad, fueran reconocidas por el Estado. En la edad media, el comercio se rigió durante muchos años por las reglas y resoluciones de controversias que se dieron a sí mismos los gremios de los comerciantes. Sólo más tarde, el Estado hizo suyas muchas de estas reglas y les otorgó el carácter de leyes generales.

Incluso podría estar de acuerdo con los que afirman que la costumbre es la primera y principal fuente del derecho. Ese acto o conducta que se va repitiendo una y otra vez hasta que se considera, por un grupo en la comunidad, que es obligatorio actuar de ese modo. Por ejemplo, en ningún lado está reglamentado que cuando hay dos filas de autos para ingresar a un estacionamiento con un solo ingreso, debe pasar uno de una fila y otro de la otra. Sin embargo, es un acto tan repetido que ahora consideramos que el conductor que no respeta dicho orden, comete una falta. Y la sanción puede ser desde el sonido de los altavoces de los otros coches hasta el vituperio y el insulto. Y quizás, si hay un encargado del estacionamiento, hasta pudiera ser que le impidiese, al agresor de la costumbre, el ingreso al estacionamiento.

En el análisis que hace Finnis de la costumbre busca respuesta a la pregunta ¿cómo es posible que se pase, de una situación de hecho a una obligación, sin intervención de ninguna autoridad? o ¿de dónde surge la convicción de obligatoriedad (*opinio iuris*) en los que suelen realizar una misma conducta? De las premisas que indican que esa determinada manera de actuar es algo beneficioso; y que, por lo tanto, deben seguir actuando así porque con ello se solucionan problemas de coordinación que de otra manera estarían ahí presentes. En el ejemplo del estacionamiento, el pretender ingresar a la vez los autos de ambas filas, acarrearía riesgos de colisiones, de faltas de respeto mutuo, de ruidos y grescas que sólo causarían más problemas.

Entonces, ¿la costumbre es una solución un problema de coordinación? Ciertamente que sí. ¿Tiene que ver con la justicia? Por supuesto, porque el tiempo de los demás para ingresar —el que llevan esperando en la fila— es un derecho que

debe ser respetado. ¿Qué le falta para que esta costumbre, ya obligatoria- se convierta en norma jurídica? El reconocimiento estatal, en la forma y términos prevenimos en otra norma también jurídica.

La obligación, que ciertamente tienen las normas de los grupos intermedios, no es difusa. Es concreta, y está directamente relacionada con la solución que dan para la coordinación de los integrantes del grupo. Si, por ejemplo, la regla del estacionamiento dice que el auto tiene que quedar entre las líneas marcadas del cajón de estacionamiento, y que quien lo deje a medias entre dos cajones, pagará el doble o será amonestado públicamente, se entiende que realmente implica una solución cuando hay una demanda importante de estacionamiento. Pero no se considerará tal, si es época de vacaciones y el estacionamiento está casi vacío. No se actualiza el problema y, por tanto, la obligación se percibe debilitada, sin una exigencia contundente.

Lo anterior nos lleva a concluir que las normas de los grupos intermedios pueden tener una variabilidad en la intensidad de la obligación. Y que, a veces, la infracción a las mismas no es considerada como tal porque simplemente no se actualiza el problema de coordinación que tienen por objeto.

Finalmente, las reglas de los grupos intermedios, aun cuando tengan una sanción definida, ésta no puede ser impuesta de la misma manera como se impone una ley jurídica. Porque el grupo, a lo más, puede expulsar al integrante que ha violado reiteradamente las normas. Pero incluso en este caso, el expulsado podría crearle al grupo situaciones jurídicas riesgosas. Podría, por ejemplo, ampararse. Con la nueva ley de amparo, en México, la Universidad o cualquier institución educativa puede ser considerada una autoridad, y, por tanto, sujeta de control por los Tribunales de amparo. O podría también señalar que ha sido objeto de discriminación por parte del grupo intermedio, o que la sanción impuesta le ha causado un daño moral, o que la prohibición de ingresar al club viola su derecho al sano esparcimiento y a una vida saludable...

Pero esto último nos acerca necesariamente hacia una posición muy próxima a la ley jurídica. Si la expulsión de un grupo intermedio puede dar pie a la intervención del Estado, entonces, es que estamos en el umbral si no es que ya dentro del ámbito jurídico. Y efectivamente lo estamos, porque tanto en la universidad como en el club social las reglas son producto del contrato celebrado entre los estudiantes y la institución educativa; y/o entre los asociados y la persona moral que organiza y administra las instalaciones del club.

Pero pensemos, para no dejar el tema, por ejemplo en las reglas que establece un padre de familia o el líder de una banda delincuencial: ¿qué pasa con el infractor de las mismas? Es castigado, de alguna forma. Kelsen afirmó que lo común a toda ley es precisamente el castigo: la sanción. Que por eso, no hay distinción entre las normas que impone el líder de una tribu con las normas establecidas en la constitución suiza.

Y, sin embargo, no es lo mismo; las reglas del padre de familia o del líder de la banda, incluso o aún más cuando se trata de una “banda política” o de un tirano, carecen de ese matiz de generalidad que sólo puede otorgar la imparcialidad. No hablo de la característica de generalidad en abstracto, sino de la que debe darse cuando se trata de la aplicación de la norma. Los sujetos a leyes jurídicas pueden acudir a órganos (tribunales) establecidos con anterioridad al incumplimiento, imparciales, que determinan sin prejuicios, desapasionadamente, y lo más objetivamente posible, la aplicación de las leyes a casos concretos. El padre de familia y el líder de la banda son aplicadores parciales y, las más de las veces, apasionados, enteramente subjetivos y, por regla general, prejuiciosos, de las reglas que han impuesto.

5.3.3. Diferencias con las reglas y/o leyes morales

La ley jurídica, la positiva, se nos ha presentado, en el análisis a la que se le ha sometido, como “una expresión significativa de una obligación”. Para poder determinar su diferencia, si es que existe, con las leyes y/o normas morales, debemos analizar antes lo que es la obligación.

5.3.3.1. La Obligación

Si queremos darnos una idea preliminar de lo que es la obligación, tendríamos que decir que es “la razón de ser de un acto humano personalizante”. Y por acto humano, hay que entender, la acción realizada por el hombre de forma consciente. Esto es, en uso de su razón. Por tanto, esa razón de ser del acto humano es la obligación. Me siento verdaderamente obligado a realizar dicho acto porque tengo que ser persona, comportarme como ser racional, actuar como alguien que no está circunscrito al aquí y al ahora, sino que comprende y aprehende que con sus actos contribuye al bien, a la estabilidad, al desarrollo de sí mismo, su familia, su entorno y su comunidad en general.

La obligación no significa una determinación; no es una opción sin opciones. Tampoco implica una fijación esclavizante. La obligación es sólo eso: la percepción racional de que debo realizar lo que debo realizar para ser lo que soy: persona. No es la flecha lanzada desde el arco, sin posibilidad de cambio de rumbo. Es más bien, la “sensación” de la razón de que ese rumbo, o esa ruta, es la que tengo que seguir, independientemente de los diversos blancos o dianas que pudieran aparecer al lado. Y tengo que seguirla si quiero ser, insisto, persona.

El acto humano es un acto libre. No sería humano si fuera irremediabilmente determinado; mecánicamente garantizado; indefectiblemente ejecutable. En este sentido, el hombre es un animal sorprendente; nadie puede apostar a que una persona seguirá una ruta prefijada. Su comportamiento puede estar en mayor o menor medida delimitado por ciertas circunstancias del ambiente natural y social; pero nunca, en forma completa; nunca en un espacio copado y cerrado; nunca maniatado por un mundo completamente absorbente o enclaustrante. Siempre existirá el modo de romper paradigmas y abrirse horizontes.

Si la obligación, pues, es la razón de ser de un acto humano personalizante, puedo, no obstante, no ejecutar dicho acto; o realizar incluso uno, conscientemente, que también tenga su razón de ser pero que no sea personalizante, como acaba de ser señalado. La obligación, en otras palabras, me dice y me inclina a hacer lo debido; pero nunca hasta el punto de arrollarme; nunca hasta el punto de deslumbrarme y hacer que no vea otras opciones o que quede hechizado por una sola.

¿Qué quiero decir con “personalizante”? Simple y sencillamente que la realización de ese acto me enriquece como persona, no sólo como sujeto biológico. Por “personalizante” entiendo, pues, el acto humano que me enriquece, que me personaliza, que hace que crezca en mi realización como ser racional. El hombre puede actuar conscientemente y, sin embargo, no ser consecuente con su razón, con su pensar. Es lo que San Pablo decía: “no hago el bien que quiero, sino el mal que no quiero” (Rom. 9, 19). Ello implica la despersonalización; el que el hombre se vaya vaciando, pierda consistencia personal y termine casi bestializado o bestializado y medio.

Llegados a este punto se ajustan las bridas y nos encontramos ante bifurcaciones intrincadas: ¿quién determina que un acto es o no personalizante? ¿Por qué la opción “B” puede ser calificada como no enriquecedora de la propia persona, y la opción “A” sí? ¿No nos topamos, en definitiva, ante la constante y no resuelta del todo cuestión de lo relativo; de lo que cada quien considera que es bueno para él?

Sí. Esa es la encrucijada a la que llegamos y a la que tendremos más adelante que volver. Baste, de momento, para los efectos de la distinción entre la ley jurídica y la ley moral, esclarecer lo que quiero significar con el término “obligación”: la razón de ser de un acto personalizante.

5.3.3.2. *La Obligación en la ley moral*

¿La obligación de las leyes positivas se distingue de la obligación de las normas morales? Para los positivistas, la respuesta es más que evidente: las normas morales y las jurídicas se distinguen notoriamente. Las primeras son internas; las segundas externas. Las morales son autónomas; las jurídicas son heterónomas; en las morales la sanción es en todo caso sin fuerza; en las jurídicas está la fuerza del Estado que impone la sanción.

Sin embargo, en estas distinciones que se hacen en el curso de introducción al estudio del derecho de nuestras facultades universitarias, no se precisa nada sobre la obligación. Por supuesto que las normas jurídicas, como ya lo hemos visto, son obligatorias. Las morales, como veremos, también lo son. ¿Son más obligatorias las jurídicas por tener una sanción imponible con la fuerza del Estado? No. La obligación, como he dicho, es la razón de ser de un acto humano personalizante. Habrá tanta obligación cuanto más personalizante sea el acto. Y si tanto las normas jurídicas como las morales son obligatorias, en las dos existen razones para realizar actos humanos personalizantes. En consecuencia, por lo que respecta la obligación,

esencial a la ley, no importando su diferencia específica, la ley jurídica y la ley moral son idénticas.

¿Qué entiendo por moral? Por el momento, tomo el término moral en el sentido más general y menos específico. Independientemente de lo que cada quien pueda entender por moral, hay un consenso casi generalizado de que el actuar moral tiene que ver con lo bueno, con el bien, con no hacer daño a los demás. Qué sea el bien o lo bueno es una cuestión que veremos más adelante, asumiendo lo que el propio Finnis dice en su teoría.

En función de lo anterior, las normas morales prescriben lo que hay que hacer en orden al bien o a lo que es bueno para el hombre en cuanto tal, como individuo, y no sólo como individuo dentro de una comunidad. En realidad para los organicistas, que conciben al Estado como un ser vivo, integrado o compuesto también por los miembros de la sociedad, no pueden concebir una moral de corte personal. En todo caso, el bien para ellos es el bien del Estado, sin importar o, mejor, contando con que los sujetos personales son medios para conseguir ese fin general.

Pero en realidad Kant tiene razón en esto, y su visión individualista de la moral coincide, en ello, con la visión personalizante y, por tanto, también individual, del tomismo. En consecuencia, aceptemos, en principio, que las normas morales son las que exigen un comportamiento determinado a los seres humanos en razón de lo bueno o del bien. La obligación de realizar ese bien es, como lo dije antes, una convicción de que es lo debido para realizarme como persona. Pero también, para los que piensan que la moral no es sino la satisfacción del propio placer o las exigencias de la costumbre, la obligación de esa “moral” termina, no obstante, siendo una convicción de que es debido hacer eso que implica la satisfacción del propio placer o lo que exigen las tendencias en voga.

“Convicción” (de *vincere cum*), porque hay una razón que se impone, que vence. Por lo tanto, no un mero impulso instintivo; no una simple respuesta al estímulo. En otras palabras, el placer como algo escogido, y no como algo reflejo y succionante. A esto sencillamente no se le puede ni siquiera designar como característico del ser humano. Y, por consiguiente, no se le puede dar el atributo de “moral”. Sólo los hombres son sujetos morales. Los animales no. Porque la moral tiene relación con la libertad. Y donde hay sólo impulsos instintivos, movimientos reflejos, reacciones que ni siquiera dependen de la voluntad, no hay opciones. Y, en consecuencia, no hay libertad.

La teoría finnisiana afirma que la obligación de las leyes positivas (jurídicas) es, primordial y esencialmente, una obligación moral. ¿Por qué tendría que obedecer una ley que me obliga a contribuir a sufragar los gastos del Estado? Porque la obligación de ello es una razón de ser de un acto humano personalizante. O más concretamente, observando esa ley me enriquezco como persona, y este enriquecimiento personal es causa, no medio, del mejoramiento de la sociedad en general. Es decir, del bien común.

Este es el punto definitorio, el parteaguas, de Finnis con los positivistas. Para éstos la obligación moral es una obligación débil; algo intrascendente para la sociedad; con repercusiones sólo individuales y de carácter interno. En cambio, para Finnis, la obligación moral, y, como veremos más tarde, la ley moral, es el fundamento para cumplir las leyes jurídicas. Ni la sanción más estrepitosa ni el castigo más ejemplar podrían ser motivo suficiente (la razón de ser del acto y/o la razón) para el cumplimiento de las leyes positivas. Esa “razón de ser del acto” es el centro de referencia. Sólo porque existe una obligación moral de obedecer las leyes positivas éstas son realmente cumplidas.

5.3.3.3. *La Sanción legal*

La sanción es la consecuencia del incumplimiento de una ley. Su función es tanto inhibidora como reparadora. Inhibir conductas que se consideran perjudiciales para el bien de la comunidad estatal; y reparar los daños ocasionados por la conducta contraria a la ley.

Es innegable que la sanción provoca temor; temor a ser privado de la libertad, a ser multado, a reparar el daño, sea a un particular o al Estado cuando se ha defraudado al fisco, por ejemplo, y se determinan créditos por los últimos cinco años.

Pero el temor a la sanción no es nunca suficiente para explicar y dar razón de la observancia de las leyes. Es evidente que muchos violan las leyes plenamente conscientes de que podrán ser hallados culpables y, consecuentemente, que recibirán un castigo. Tal situación no es una barrera que los detenga para infringir la ley. Desde el ladrón que, acabando de cumplir su condena, sale del reclusorio para seguir robando, hasta el empresario o profesionista que de forma fraudulenta se hace de dinero aunque sepa que, si lo descubren, tendrá que pagar incluso con cárcel.

Por monumental y extraordinaria que sea la sanción, si la ley positiva no es realmente un instrumento para resolver, como dice Finnis, problemas de coordinación en una comunidad, no tendrá ninguna repercusión positiva; podrá tenerla negativa; o podrá simplemente perder vigencia, porque la misma autoridad considera que exigir su cumplimiento complica la vida en sociedad. Igualmente, por abultada que sea la pena, si la norma no tiene “razón de ser de un acto personalizante” no tendrá *auctoritas* para imponerse y quien la incumpla y sea sancionado se irá y hasta morirá con la convicción de que fue injustamente condenado.

A veces los políticos creen que imponiendo sanciones más severas a las leyes se inhibirán ciertas conductas. Por ejemplo, ante la voracidad y los desafíos del crimen organizado, los gobiernos han estimado que minando los recursos económicos de los carteles y bandas delictivas conseguirán sobreponerse y controlar esta plaga que desafía al poder del Estado. Para ello, han promulgado leyes y pormenorizado toda una normatividad minuciosa y detallista con el fin de cerrar las puertas al lavado de dinero, imponiendo sanciones administrativas y penales de una rigurosidad que raya en lo absurdo. Para este legislador, todos somos delincuentes y

tenemos que comprobar a la autoridad lo contrario. El fedatario público que no informe de cómo se pagó una transacción inmobiliaria o un aumento de capital, puede ser sancionado con multa y hasta con la pérdida de la patente y/o habilitación, en caso de reincidencia. El particular que no acredite no sólo el origen de sus recursos sino hasta su domicilio, puede quedar sujeto a investigación por el Ministerio Público. Los representantes de una entidad financiera que no reporten operaciones inusuales o relevantes, según la definición que de dichos términos hace la ley para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, están sujetos a multas, inhabilitación y/o hasta cárcel.

¿Qué consecuencias ha tenido tal legislación en México? A nivel macroeconómico una aumento significativo en el flujo de circulante¹³⁶³. A nivel de los negocios, encarecer su operación por los casi incontables controles que deben de tener e informes que deben realizar¹³⁶⁴. Y a nivel de la gente de a pié, pagar cuanto pueda de sus gastos ordinarios (supermercado, gasolina, restaurantes) en efectivo; tener en casa efectivo (la antigua costumbre, vigente antes de la bancarización, de guardar el dinero debajo del colchón) se ha vuelto lo común; ahora se guarda en las “cajas fuertes” de donde se vive; no formalizar en instrumentos públicos transacciones que requieren esa formalidad; y, en fin, eludir o simular actos que de otra forma se hubieran realizado con total normalidad.

¿Ha disminuido el potencial del crimen organizado? Por lo visto no. Los decomisos de droga, de combustible robado, de trasiego de sumas increíbles de dinero en efectivo, siguen siendo noticia recurrente. Quiere esto decir que, independientemente de las capturas de capos, del desmantelamiento de laboratorios clandestinos, de la incautación de millones de dólares, de la desarticulación de bandas enteras de criminales, el potencial de acción de los grupos de la delincuencia organizada sigue en pie. De haberse logrado la afectación a sus finanzas y, consecuentemente, a la inmensa capacidad de acción de la delincuencia organizada, escasearían las noticias sobre el tema. No habría tanto trasiego de marihuana; los asesinatos entre bandas serían raros¹³⁶⁵; los enfrentamientos con las fuerzas de seguridad ya no contarían. Los casos de corrupción por protección serían casi anecdóticos.

¹³⁶³ La base monetaria, compuesta básicamente por los billetes y monedas en circulación, experimentó un extraordinario incremento de 14.1 por ciento a tasa anual en el pasado 17 de julio, al ascender a 882 mil 807 millones de pesos, de acuerdo a cifras publicadas por el Banco de México.” Nota de El Informador, publicada el 22 de julio del 2014, en <http://www.informador.com.mx/economia>

¹³⁶⁴ Muchas SOFOMEs (Sociedades Financieras de Objeto Múltiple) han optado por transformarse en S.A. de C.V. para safarse del control de los entes reguladores. Los costos de los informes, trámites y controles no les da para su operación. De 3,439 SOFOMEs existentes al cierre del 2014, más de 2,800 perdieron o están por perder su registro ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en el 2015, según estimaciones de Traces Corporate Consulting. (Cfr. Diario Reforma, Sección Negocios, pág. 8, del 30 de julio del 2015).

¹³⁶⁵ Según datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, de enero a julio del 2015 ha habido, en México, 10,607 homicidios dolosos denunciados. (Cfr. <http://secretariadosejecutivo.gob.mx/>).

La realidad, sin embargo, es distinta, y casi igual si no es que igual o peor a la que existía antes de la entrada en vigor de la Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita¹³⁶⁶.

Además, en la era digital, las extorsiones ya no se dan con dinero común. Ahora los hackers piden los rescates en Bitcoins, la moneda virtual que, de momento, es imposible rastrear. Y cuando se le encuentre el modo, los expertos ya habrán encontrado otras maneras de perderse en los casi infinitos rincones de este nuevo mundo no real.

Si sólo fuera por efectos de la sanción, las leyes no se cumplirían. Debe existir necesariamente una razón más poderosa, incluso que la misma habilidad de escapar, para realizar el acto ordenado por la ley.

Las sanciones, pues, de esta la Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita no han inhibido las conductas de los grupos delincuenciales. Y a la gente normal la han atiborrado de obligaciones. La mayoría cumple y observa la ley, a pesar de ser gravosa y no haber demostrado en los dos años que lleva de vigencia¹³⁶⁷, ser efectiva y ofrecer realmente una solución a los problemas de coordinación en nuestra sociedad. Pero otros muchos, por los efectos que constatamos todos los días, la incumplen y les tienen sin mayor cuidado las penas que pudieran sufrir por no observar las disposiciones de la mencionada ley.

¿Es una ley injusta? No es todavía el momento de tratar este tema. Pero aceptemos que no; que no es injusta. Y que, por tanto, existe obligación de obedecerla. ¿Las sanciones que impone son la razón para observarla? Hay muchos, no sólo los profesionistas del crimen, sino también personas comunes y corrientes, que la eluden. La sanción no es el motivo por el cual se cumple o se deja de cumplir una ley.

Pero ¿podría ser que el incumplimiento es deliberado en el sentido de que la razón de ser de un acto personalizante no es esclavizante, y que da opción para escoger no cumplirla? Sí, esto es así. Pero ello sólo viene a corroborar el argumento: la sanción no es la razón excluyente para acatar una norma. La sanción puede ayudar a considerar la conveniencia de obedecer. El temor a ser castigado es un elemento psicológico. Pero no la razón. Obedezco la ley porque veo la razón de ser de un acto humano personalizante en ella; y si violo esa ley, viendo que su cumplimiento es un

¹³⁶⁶ “Crece violencia del narco en México”: nota publicada en The New York Times, International Weekly, el 22 de agosto del 2015: “Durante años, Estados Unidos ha presionado a países que luchan contra cárteles poderosos, como México, para que corten la cabeza de los grupos al abatir o arrestar a sus líderes. La cumbre de esa estrategia fue la captura del narcotraficante más poderoso de México, Joaquín, Guzmán Loera, mejor conocido como El Chapo, quien escapó de una prisión federal el mes pasado. El resultado ha sido una fragmentación de los cárteles y aumentos abruptos en la violencia...”

¹³⁶⁷ Entró en vigor, nueve meses después de su publicación el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre del año 2012.

acto personalizante, es porque soy libre y dicha razón no me esclaviza ni me determina.

Es más, la norma se incumple, precisamente porque se ve la razón de ser de un acto personalizante en su observancia, y se prefiere no realizar ese acto personalizante, con independencia de la sanción que pueda darse.

Si la sanción fuera la razón del cumplimiento de las leyes, entonces las leyes con más carga en esa sanción serían las más cumplidas y observadas. Y la realidad nos muestra que eso no es así. Nada hay más penado en México que los delitos de la delincuencia organizada. Y, sin embargo, como hemos visto antes, ésta no ha disminuido.

Hasta hace unos años que todavía no era tan sentida la conciencia de los derechos humanos de los migrantes, y que el fenómeno no se había hecho tan dramático ni tan universal, los países tenían leyes que condenaban la estancia o el paso de persona indocumentadas por su territorio. México promulgó su actual ley de migración el 25 de mayo del año 2011¹³⁶⁸. Con la ley anterior, los migrantes indocumentados eran delincuentes. Y la sanción prevista era no sólo la deportación, sino hasta dos años de prisión (Artículo 123 de la derogada Ley General de Población).

¿Esas sanciones inhibieron la migración? ¿Fueron el motivo para que la ley se cumpliera? Absolutamente no. Los migrantes eran conscientes, como lo son los que ingresan al territorio de los Estados Unidos de América el día de hoy, que van a ser sancionados si los delatan o si se quedan abandonados en el desierto donde seguramente los agentes de migración los arrestarán, o si son víctimas de la extorsión y tienen que pedir ayuda a los oficiales de seguridad. La sanción de las leyes migratorias no es razón excluyente para cumplirlas. El castigo impuesto no ha inhibido los enormes riesgos que tienen que afrontar los indocumentados para llegar a un país en el que la ilusión de un trabajo remunerado es el acicate de su caminar obsesivo.

5.3.3.4. *Leyes incompletas*

¿Entonces el incumplimiento de estas leyes va contra la razón de ser del acto personalizante que implica su observancia? Es decir, si como he expuesto, la obligación de cumplir las leyes positivas es, en última instancia, una obligación moral, ¿los indocumentados, al infringir las leyes migratorias, están actuando contra el bien –dejan de realizar un acto personalizante? Sería no sólo política y

¹³⁶⁸ Esta ley reconoce derechos fundamentales a los migrantes, incluidos los indocumentados, que antes nuestra legislación no contemplaba: “Artículo 66. La situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, así como en la presente Ley. El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria. Artículo 67. Todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos”.

sociológicamente incorrecto decir que sí, sino un atentado en contra del genuino sentimiento de humanidad que despierta el drama de la migración.

El desafío de miles y ya incluso millones de personas a las barreras y restricciones de ingreso a los países desarrollados es una cuestión de preocupación universal y de política global. La crisis humanitaria de este fenómeno existencial es de imperiosa y prioritaria atención por parte de los organismos internacionales. Y no puede ser resuelto simplemente imponiendo leyes más severas. En un mundo donde muchos tratan de sobrevivir a sus carencias y necesidades de subsistencia, la solución de simplemente atrancar la puerta, levantar muros y poner más alambrados y torretas de vigilancia, para que esos de afuera no invadan el espacio en el que sí existen más posibilidades de alcanzar un nivel digno de vida, no es ninguna solución. La presión de los que ya no tienen nada que perder sino su propia vida derribará esos cerrojos y muros, e inundará de indocumentados los espacios de los países desarrollados.

Según reportes actualizados más de trescientas mil personas han buscado atravesar el Mediterráneo en lo que va del 2015. Se trata, dicen los expertos, de la mayor afluencia de migrantes desde la Segunda Guerra Mundial. Ban Ki Moon, Secretario General de la ONU, acaba de expresar: “estoy horrorizado y con el corazón roto. Es una crisis de solidaridad, no de números”¹³⁶⁹. Son incontables los que han muerto ahogados, y ahora, además, 71 personas fueron encontradas asfixiadas en la caja de un camión de origen Húngaro, estacionado en territorio austriaco. Algunos han comenzado a aventurarse por la ruta del Ártico, con todo lo que ello significa de inclemencia en las temperaturas para una gente que apenas tiene para llevar unas simples ropas de tierras donde el sol acribilla.

Si la solución, entonces, no es la agravación de la sanción a las leyes migratorias ¿cuál es? El Reino Unido acaba de establecer sanciones para quienes alquilen habitación a los indocumentados, y está discutiendo endurecer las penas para ellos: trabajar no sólo supondrá cárcel sino también el aseguramiento del salario. El subsecretario para Migración del Ministerio del Interior británico dijo: “si alguien está aquí de manera ilegal, tomaremos acciones para que no trabaje, rente un departamento, abra una cuenta bancaria o maneje un coche”. Pero un relator de la ONU ha puesto el dedo en la llaga: “La migración está aquí para quedarse; y construir muros, usar gas lacrimógeno u otras formas de violencia contra los migrantes y asilados, detenerlos, negarles el acceso a comida, agua y albergue y adoptar un lenguaje amenazante no detendrá a los miles de personas que están viniendo.”¹³⁷⁰

Y si el incumplimiento de estas leyes no es necesariamente por razón de la injusticia que conllevan, ni tampoco en razón de una libre decisión de ir en contra de

¹³⁶⁹ Cfr. Diario Reforma, México, Sección Internacional. Pág. 14. 29 de Agosto 2015.

¹³⁷⁰ Cfr. Diario Reforma, México. Sección Internacional. Pág. 16. 26 de Agosto 2015.

la razón de ser del acto personalizante que esa determinada ley debiera indicar, es que, entonces, estamos ante una ley que no es ley en sentido pleno. No porque sea injusta –que lo pudiera también ser- sino porque es incorrecta. Incorrecta en el sentido de que no es la solución adecuada para un problema de coordinación. Es una solución parcial, pero no la solución apropiada. Es, en la mayoría de los casos –y sigo hablando de las leyes migratorias- una solución defensiva de los intereses inmediatos y de corto plazo de los nacionales; deja, por tanto, sin resolver el problema de fondo: las causas de la migración.

Nadie sale de su país y deja más desprotegida aún a su familia, por simple anhelo de aventuras. La causa de los actuales movimientos migratorios –también incluyo a los refugiados en este concepto de migración- son esencialmente la pobreza y las guerras. Una y otras se alimentan mutuamente de la debilidad e indefensión de la mayoría. Y ambas se expanden por la corrupción y la arbitrariedad de gobiernos sin escrúpulos o de grupos que acarician el odio abrevando el fanatismo de quienes están hastiados del materialismo.

¿Qué diferencia hay entre un refugiado de guerra y un indocumentado? Que los primeros son reconocidos por un estatuto de las Naciones Unidas que tiene por tales a los que están huyendo, de manera inmediata, de una zona en conflicto bélico. Pero hay muchos indocumentados que están huyendo de zonas en inminente estallamiento de hostilidades; muchos que dejan sus lugares de origen porque los bandos contrarios se disputan su enrolamiento forzosos en sus ejércitos; muchos que, ante la miseria, que provocan las rencillas bélicas, simplemente se alejan para intentar alcanzar Europa Occidental o los Estados Unidos de América.

Hay, pues, leyes positivas incorrectas, o, mejor dicho “incompletas”. Resuelven parcialmente un problema de coordinación, pero no consideran todas las implicaciones del mismo. No porque los legisladores sean poco perspicaces o carentes de profesionalismo y capacidad técnica. En muchas ocasiones es simplemente porque los intereses políticos impiden llegar a un consenso con mejores condiciones para la solución del problema de coordinación; a veces, porque los análisis de las situaciones sociales no pueden simplemente prever todas las variables que se darán. Máxime cuando nuestro mundo –las situaciones económicas, políticas y sociales- es tan cambiante y, por eso, cada vez más impredecible. Los movimientos y ajustes que en otras épocas de la historia se daban en milenios, y después en centurias, y siempre de manera gradual y limitada a ciertos espacios, ahora son continuos y globales.

La economía de México y de otros países emergentes está en vilo desde principios de año. Una decisión esperada, anunciada, pero todavía no tomada, de la Reserva Federal de los Estados Unidos de América ha mantenido el temor y la angustia en las variables de la economía. En el momento en que Estados Unidos eleve sus tasas de interés, muchos capitales volarán a ese país, dejando huecos de liquidez para el financiamiento de las empresas en países como México. Ello motivará la reducción del gasto, el recorte de personal, la capacidad de consumo de la sociedad, las pérdidas de los productores y más puestos de trabajo cerrados... la vorágine de un círculo vicioso arrastrando hacia el precipicio.

En un instante, con una decisión de un pequeño grupo de expertos, la situación de muchas personas en México y en otros países puede cambiar dramáticamente.

Lo mismo ha pasado con el mercado petrolero. Ni siquiera los expertos más cualificados ni los cálculos más sofisticados lograron prever la baja de los precios del barril de petróleo en el último tercio del año pasado y en todo lo que va del presente. El precio estimado del barril de petróleo para el presupuesto de 2014 fue de 85 dólares. Y ya en plena inestabilidad de los precios, los expertos financieros de la Secretaría de Hacienda y los mismos legisladores, con todo y sus asesores, estimaron un precio del barril de la mezcla mexicana, para el 2015, de 79 dólares, una cantidad por encima del cincuenta por ciento del valor con que se ha cotizado el petróleo en las últimas semanas: entre 35 y 40 dólares por barril.

Ni las agencias de información y seguridad de los países occidentales, ni las de los países árabes previeron la explosión tan violenta de los yihadistas de ISIS en el norte de Siria y en casi la mitad del territorio Iraki. Esto ha cambiado radicalmente las posiciones de fuerza en esa región. Tampoco se contemplaba que tan rápidamente se daría un encontronazo entre Occidente y Rusia como que el que se ha dado a partir de la crisis de Ucrania. Las revueltas en los países árabes del norte de África: Túnez, Libia, Egipto y hasta Siria, tomaron por sorpresa a la mayor parte del mundo. Incluso los movimientos de protesta de los Indignados en Madrid, Atenas y otras ciudades resultó en un fenómeno tan novedoso como contagioso que cambió de un día para otro la visión de las tendencias políticas en Europa.

Este mundo en frenesí en el que vivimos no es el mejor escenario para la producción de leyes que permitan prever las situaciones en el futuro. Por eso, si la tarea legislativa siempre ha sido laboriosa y altamente calificada, hoy en día los legisladores deberían empeñarse con mayor cuidado en la elaboración de leyes y no permitirse “jugar” con éstas para fines políticos.

5.3.3.5. *Leyes incompletas-Soluciones no adecuadas*

Ante esta situación, hay que reconocer que las leyes no siempre son leyes correctas —“completas”. Y entiendo por corrección, como ya ha quedado insinuado, la solución adecuada a un problema. Adecuada porque no necesariamente tiene que ser la única. “Adecuada” no implica exclusividad. Un problema de coordinación puede tener diversas soluciones, y todas ellas pueden ser adecuadas. Y si son adecuadas, son, por tanto, correctas. Esto es, la falta de adecuación es incorrección. Una solución adecuada a medias, es una solución incorrecta y, por tanto, incompleta.

Para explicarme mejor, en el terreno de las artes y de las técnicas, se presentan problemas a resolver. Por ejemplo, para un arquitecto se presenta el problema de cómo aprovechar el espacio de una manera bella; consecuentemente, armónica, con el entorno. O de cómo utilizar los elementos que se tienen en una construcción para darle una nueva perspectiva y un mejor aprovechamiento. La solución que puede dar un determinado arquitecto a este problema puede ser muy distinta a la que dará un segundo o un tercer arquitecto consultado. Y las tres

soluciones pueden ser “adecuadas”, en el sentido que solucionan los fines de espacio y de armonía pretendidos.

En el supuesto de problemas de coordinación en un grupo social, parafrasearé un ejemplo que el propio Finnis nos da: grupo de estudiantes que habitan en una misma casa, y pretenden coordinarse para permitir ratos de silencio en el cual realizar los trabajos de investigación y estudio. Una solución adecuada es que a partir de cierta hora en la tarde nadie haga ruidos. Otra solución adecuada es que se adapte una parte de la casa para estudio, a prueba de ruidos. Otra solución adecuada es que sólo se pueda hablar y escuchar música en el sótano de la casa. Cada una de estas tres soluciones tiene sus pros y sus contras; pero todas son adecuadas. Es decir, correctas.

En el mismo ejemplo, no sería una solución adecuada la de imponer ausencia de ruidos a partir de una determinada hora, si uno o más de los estudiantes tiene que regresar de clases después de esa hora. Dicho de otro modo, esa solución es adecuada de manera incompleta, pues, los estudiantes que regresan después de la hora establecida harán ruido al ingresar a la casa y después a sus habitaciones. También será incorrecta, en el sentido que venimos hablando, la de adecuar un espacio para estudio, con paredes de protección acústica, si ello implica necesariamente, por ejemplo, estropear los sistemas hidráulicos y hasta eléctricos de la casa. Habrá seguramente un área apropiada para estudio pero los estudiantes no podrán vivir adecuadamente en la casa. Finalmente, la posibilidad de sólo hablar, escuchar música, ver la televisión o bailar en el sótano sería una solución incorrecta, si el volumen producido por esas actividades fuera tal que llegara a las habitaciones en las que se supone están concentrados en sus estudios los otros compañeros de vivienda.

En los ejemplos anteriores puede verse claramente lo que provoca una ley incorrecta: (i) soluciona a medias un problema (horario para estudiar sin ruidos): hay sujetos de esa interrelación que simplemente no podrán cumplir con la ley (los que tienen clases y regresan después de la hora límite a la casa). (ii) Soluciona el problema pero crea otros (área protegida contra ruidos para estudiar, pero descuaja los sistemas de la vivienda para ser habitable); y (iii) no soluciona en absoluto el problema (área para diversión pero sigue el problema de silencio para los que quieren estudiar).

Una ley en el sentido (iii), por muchas sanciones que conlleve su incumplimiento, no tendrá realmente vigencia, porque sencillamente el problema de coordinación subsistirá, dado que la norma no le dio solución alguna. Por tanto, es una ley superflua así esté cargada de sanciones.

La ley en el sentido (ii) provoca más problemas que beneficios. Será acatada en cuanto da solución directa al problema de coordinación que se puso sobre la mesa. Pero la realidad y el daño de los problemas que su aplicación causa hará que se deje de observar, a pesar de las sanciones que imponga.

Y, por lo que respecta a la ley en el sentido (i) será inaplicable para algunos de los sujetos implicados en las relaciones. Por encima de la solución impuesta (horario de silencio a partir de determinada hora) está la obligación de otros deberes (compromiso de asistir a clase que concluye después del horario límite). Por más sanciones imponibles con las que esté dotada esa ley, será ineficaz en su carácter general.

Vuelvo ya al problema que dejé planteado arriba con respecto a la ley de migración: ¿el incumplimiento de los indocumentados a las leyes migratorias es una decisión consciente de no realizar el acto personalizante que implica el cumplimiento de dicha ley? Creo que con lo dicho sobre la incorrección de las leyes puedo dar respuesta a esta pregunta.

Las leyes migratorias indicadas son leyes incorrectas. Es decir, no dan una solución adecuada al problema de coordinación social que se tiene. En consecuencia, su incumplimiento no implica el rechazo a un acto personalizante. Esto es, en realidad no existe la obligación en el sentido ya explicado. Esas leyes no están apertrechadas con la carga obligacional que haría de su cumplimiento un acto personalizante.

Como se estableció en relación a la ley en el sentido (iii), por encima de la observación de cumplir con determinados requisitos para ingresar a otro país que no sea el de origen, está la obligación de la sobrevivencia propia y de la de su familia. Los indocumentados huyen de su muerte y de la de sus seres queridos; una muerte que los rodea, atenaza y ahoga en forma de pobreza y miseria.

¿Quiere decir que el “debe” de una norma positiva es variable, y que uno puede cumplir parcialmente la norma? En la misma medida en que la norma sea más o menos correcta, en esa medida el “debe” implica la obligación de cumplimiento.

Finnis no estaría de acuerdo con esta última observación. Para él “la invariabilidad” en el cumplimiento de las leyes positivas es característica de éstas. Sin embargo, creo que podría suscribir mi dicho en el contexto en el que lo estoy poniendo: una ley incorrecta no puede tener la misma carga obligacional que una ley correcta.

5.3.3.6. *Leyes incompletas: conciencia de ello*

Lo que acabo de expresar es quizás demasiado riesgoso. Estaría dejando el cumplimiento de las leyes a la discrecionalidad de los sujetos a los que están dirigidas. ¿Quién dice o cuál es el criterio seguro para considerar una norma como incorrecta? Efectivamente, no existe un elemento indicativo o referencial para concluir que una ley es más o menos correcta. Y sería una carga brutal, innecesaria e impráctica el imponer a cada individuo un análisis sobre la adecuada o inadecuada o sólo parcialmente adecuada solución que determina ley ofrece al problema de coordinación en mira. Los estudiosos y profesionales del derecho, y también los políticos pueden y deben emitir opiniones, criticar el alcance de la ley, hacer ver las consecuencias y repercusiones que tendrá. Pero no deben incitar a su

incumplimiento. Ello equivaldría a promover el desorden y la anarquía. Y una sociedad en estas circunstancias no puede sobrevivir.

En principio, toda ley es obligatoria y debe observarse. Pero existe la conciencia individual. Esta conciencia, independientemente de su grado de formación e ilustración, ofrece, no importando cuán básico sea, un “sentimiento” de adhesión o no a la norma. Tal adhesión está en relación proporcional a eso que he llamado corrección o incorrección de la ley.

El principio general es que el cumplimiento de las leyes ni siquiera está sujeto al conocimiento de la existencia de las mismas. En otras palabras: que la ignorancia de las leyes y del alcance de las mismas no excusa su incumplimiento. Este principio, teóricamente incuestionable, es en la práctica duramente desmentido. En muchas regiones de nuestro país la gente difícilmente sabe leer. El rezago educativo ha sido evidenciado con motivo de las protestas magisteriales en contra de la reforma educativa impulsada desde el gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto. Los alcances de los derechos humanos protegidos por la Constitución probablemente sean vislumbrados por algunos de los que tratan de sobrevivir en estas zonas pobres, aisladas y deprimidas del País. Pero las sutilezas de las normas especiales, que establecen requisitos y procedimientos a veces minuciosos no están al alcance de estas personas que ya bastantes preocupaciones tienen con encontrar algo para subsistir y llegar al día siguiente.

Estas personas pueden entender quizás que esté prohibido cruzar una frontera sin un documento que los autorice. Pero ese “sentimiento” de su conciencia les dice que tienen que cruzar para encontrar trabajo, conseguir dinero y enviarlo, en cuanto puedan, a sus familias. Entienden que la sobrevivencia de éstas no puede inhibirles ni atarles a un lugar que no les da la oportunidad de salir adelante.

Esto en el caso de las leyes migratorias. Pero sucede con cualquier ley. El “sentimiento” de la conciencia individual suele ser indicativo del grado de corrección de una norma. Y ese “sentimiento” individual sumado a los “sentimientos” individuales de los demás crea la conciencia colectiva de la corrección o incorrección de la ley. Por eso, en un determinado momento las mismas autoridades ejecutoras cierran los ojos y dejan de hablar de la ley, ya no tienen interés en imponerla; ven que las consecuencias de hacerlo son más negativas que los beneficios que pueden lograrse con su cumplimiento.

Así, las leyes siguen estando en las recopilaciones oficiales; siguen siendo leyes positivas. No han sido abrogadas. Pero, en la práctica han perdido toda su vigencia. Ya no solucionan nada. El problema de coordinación al que supuestamente daban una respuesta, sigue persistiendo o, en el mejor de los casos, quedó solventado con disposiciones de otra materia, o terminó por perder toda relevancia, o los mismos sujetos de la interrelación lo resolvieron adecuadamente.

Pero ¿qué pasa si el poder ejecutivo, celoso del cumplimiento de sus facultades, despliega todo su potencial y exige el cumplimiento de las leyes incorrectas o menos correctas? Que se llenarán las cárceles, se multiplicarán las

clausuras de negocios y se aumentará el trabajo de los cobradores de multas. Es decir, la consecuencia del incumplimiento –la sanción- se volverá la protagonista de la vida social.

¿No se deja, con lo anterior, el cumplimiento de las leyes a la subjetividad individual o colectiva? Ese sentimiento del que he hablado puede ser del todo irracional y, por lo tanto, se llegaría al caos que haría imposible la sobrevivencia en una comunidad. Sin embargo, lo que afirmo es que “el sentimiento” al que me refiero no es precisamente irracional. Es la expresión de esa conciencia racional que, por más ‘inculta’ que sea una persona, siempre le hace percibir lo elemental: qué es lo bueno y qué es lo que hay que proteger. Por eso, en la realidad de la vida, ese caos social no se da. Éste, en todo caso, tiene sólo espacio cuando ese “sentimiento” que percibe el bien se obnubila para destrampar la violencia, el odio o el fanatismo.

5.3.4.Ley positiva-ley moral

Como ya dije antes, la sanción no es la razón de ser del cumplimiento de las leyes. Es, simplemente, la consecuencia prevista para quien incumpla lo que ordena la norma. Si la sanción no es lo característico de la norma positiva, ¿por qué se le da tanto valor?

Los positivistas afirman que la sanción de las leyes morales es interna; que la de las leyes positivas es externa. Que la sanción de las primeras es autónoma; que la de las segundas es heterónoma. Que el cumplimiento de la sanción externa es corporal y/o patrimonial; que el cumplimiento de la sanción interna, es imperceptible e indiferente para la sociedad, y suele ser sólo a nivel de conciencia.

Sí, efectivamente, estas son las características de la sanción en las leyes positivas. Y sí, efectivamente, difieren de las características de la sanción –si es que efectivamente hay sanción- en las leyes morales. Por lo tanto, una norma positiva sí se distingue de una norma moral en la sanción. Si acudimos al formalismo kelseniano –Si “A” debe ser “B”, y si no “B”, entonces “sanción”-, podríamos decir que una ley positiva es ley sólo si tiene sanción. Las leyes que prescriben una conducta, sin señalar sanción, son, como el mismo Kelsen lo dijo, “leyes imperfectas”. En este sentido, debemos reconocer que Kelsen, aunque siempre contrario a ella, utiliza aquí, sin empacho alguno, la analogía.

La ley moral expresa también la obligación de llevar a cabo una conducta o de evitarla –se debe hacer el bien y evitar el mal. Sin embargo no expresa sanción alguna. No tiene necesidad de ello. Más específicamente, la norma moral prohíbe el homicidio: “no matarás”. Sin embargo, no establece una penalización para el que comete asesinato. La norma moral dice: “debes respetar a los mayores”. Sin embargo, no precisa qué consecuencia le traería al que se burla y desprecia a sus padres mayores de edad y tal vez hasta incapaces ya de valerse por ellos mismos.

Y no obstante que no exista sanción, las leyes morales obligan. De ahí que quede patentizado que la obligación no depende de la sanción. Y, en consecuencia, que son sólo las leyes positivas las que expresan una pena, una sanción. Sin

embargo, esto no quiere decir que sólo éstas sean leyes. Lo esencial, lo que hace que una ley sea ley y no otra cosa es la obligación de realizar cierta conducta por la razón intrínseca existente en esa obligación: la razón de ser de un acto humano personalizante. Por lo tanto, la ley en sentido pleno, es la ley moral y no la ley positiva.

Finnis también en este punto me reprocharía. Su teoría, que analiza la ley positiva desde el punto de vista interno, es decir, del que está experimentando el sometimiento a esas leyes, afirma categóricamente que la ley, en sentido pleno, es la ley positiva y no la ley moral. Pero tal vez Finnis pudiera aceptar que desde la perspectiva obligacional, la ley moral es el analogado principal.

La “sanción” en las leyes morales es única: la falta de realización personal. La acción inmoral mina y deteriora mi personalización. Provoca el estancamiento si no es que la disminución en mi crecimiento como ser humano. Me arrastra en sentido contrario al fin y me acerca más a un estado impersonal, en el que quedo a merced de los instintos y pasiones; pierdo paulatina o abruptamente mi conciencia, mi libertad y la apertura a los demás; me bestializo y encierro hasta no importarme si utilizo y manipulo a los demás como medios para la satisfacción de mis aspiraciones, aun a costa de su vida o dignidad.

Es decir, hay hombres que utilizan de manera brillante y admirable su inteligencia para engañar, para maniobrar, para adueñarse de conciencias y de la dignidad de otros. Tienen los recursos y el poder de hacer lo que “quieran”, y hablan de libertad absoluta. El superhombre nitzhcheano. Son exitosos social y políticamente y pueden hablar de tú a tú con cualquiera o, mejor, por encima de cualquiera.

Sin embargo, no son realmente libres y se encuentran en las antípodas de lo que es la realización personal del ser humano. No quiero decir con esto que las connotaciones que muestran a un hombre moral sean la aceptación de la derrota en el mundo empresarial, social o político; o que el hombre moral tenga que ser siempre pobre y sumiso. O que la moralidad de un ser humano se muestra en su condescendencia para con los otros. No. En absoluto.

El hombre moral tiene que ser un hombre exitoso, primaria y fundamentalmente, en su integridad personal en coherencia con el principio general de “hacer el bien y evitar el mal” y su aspecto social: “hacer a los otros lo que quieran que los otros te hagan” o “tratar a los otros como quieres que los demás te traten a ti”.

Va intrínseco a este principio el trabajar por lograr el máximo bien económico, pero no como fin en sí mismo al cual supedito todo mi ser, sino como medio para conseguir el bienestar de los otros, porque yo mismo quisiera que los otros me ayudaran a obtener el bienestar económico necesario para vivir dignamente. Está también intrínseca la aspiración de poder realizar lo que se me “antoje”, pero en el sentido racional y no meramente instintivo. Porque la libertad

humana no es esencialmente libertad de movimiento, sino libertad de realizar lo que me dignifica y me hace ser más humano.

Alguien que está aherrojado en el más profundo de los calabozos es tan libre como el que más. No ciertamente en cuanto a su capacidad de movimiento físico; pero sí en su libertad de pensamiento, de opinión, de dar testimonio de su integridad como persona ante sus compañeros de tortura y ante sus victimarios.

La sanción en las leyes morales es, pues, única: la pérdida de la dignidad personal. Que esto sea o no trascendente para la comunidad como creen los positivistas es motivo para una reflexión muy sencilla, deducida de la realidad: en una sociedad en la que lo común sea la inmoralidad, la observancia de las leyes positivas se vuelve más trabajosa. Cuando la avaricia prevalece, los fraudes crecen; cuando la ganancia es el fin al cual se supedita todo, los homicidios se esparcen; cuando el odio se hace parte de la propia vida, se alientan las guerras, la discriminación racial, los ataques a la propiedad.

Con ello quiero decir que sí existe, contrario a lo pensado por los positivistas, consecuencias graves para la sociedad en el incumplimiento de las leyes morales. Es más, me atrevería a señalar que los daños más graves a la convivencia se dan cuando no se respeta el principio moral de “hacer el bien y evitar el mal” con su explicitación social “tratar a los demás como quieres que los demás te traten a ti”.

De acuerdo al formalismo kelseniano, la ley moral se expresa así: “Si ‘A’ debe ser ‘B’; si no ‘B’, entonces autoculpabilidad”. Esto es, una sanción genérica, nada específica como en las leyes positivas. Sí es cierto que es una sanción genérica, pero no lo es que sea de autoculpabilidad. Ésta significa que la persona se culpa a sí misma, y, por tanto, que responde ante ella misma de su culpabilidad.

La verdad es bien distinta: la “sanción” de la norma moral es personal pero con repercusiones importantes en la sociedad. La inobservancia de las leyes morales hace que la persona se convierta en una rémora para la sociedad si no es que en un virus maligno.

En las leyes positivas, la sanción tiene por fin no sólo inhibir ciertas conductas que producen daño a la sociedad, sino también, en cuanto sea posible, la reparación de ese daño causado. Como dice Finnis, la restauración de la justicia.

Cuando una disposición de carácter penal establece pena privativa de la libertad (de prisión) y además una multa al condenado, y, además la reparación del daño a la víctima, se ve claramente que la prisión es para el efecto de inhibir la conducta contraria a la norma; que la multa es para resarcir, en parte, los recursos que el Estado ha empleado al dedicarse a atender el ilícito; y que la reparación del daño es la restauración de la justicia.

Normalmente la pena de prisión provoca miedo, el miedo a perder la libertad de movimiento, y quizás en nuestro país y en otros del área geográfica, más que el miedo a perder la libertad de movimiento, sea el miedo a todas las consecuencias de

estar en una prisión: hacinamiento, falta de higiene, humillaciones, riesgo constante a la integridad personal, gastos incontables para la irra librando de lo que la población penitenciaria en general tiene que llevar a cabo: fajina, pase de lista, seguridad y protección.

El temor, pues, a la sanción es un elemento, ya lo indiqué antes, para el cumplimiento, pero no la razón de ser del mismo. Las leyes pueden proyectar esa amenaza atemorizante, pero si no son realmente leyes que dan una solución adecuada a los problemas de coordinación, entonces el temor a las sanciones queda desdibujado, descentrado, y no influye en la observancia de la ley.

La sanción de las leyes positivas es aplicada por el Estado. Por lo tanto, se entiende que es una sanción eficaz. No se deja su aplicación a algo tan indeterminado como pudiera ser la reprobación de la opinión social, como en las normas sociales; o a algo que tiene que ver con la conciencia personal, como en las leyes morales.

5.3.4.1. Ley positiva-ley moral: ejecución de la sanción

El Estado, en la aplicación de las sanciones tiene él mismo que someterse a la ley. No puede arbitrariamente imponerlas. Ha de seguir un procedimiento legal y ajustarse al mismo. Incluso, impuesta la sanción, el particular todavía tiene a su disposición medios de impugnación contra ella. Y en no pocas ocasiones, el Estado tiene que aceptar que no fue legalmente impuesta la sanción y dejar sin efecto el acto. Y, recientemente, con la conciencia que hay de los derechos humanos, ha tenido incluso que pedir disculpas públicamente a las víctimas y resarcirles el daño causado.

Pero es el Estado el que tiene obligación de vigilar que las normas sean cumplidas, y, ante su incumplimiento, imponer, de acuerdo a la ley, la pena prevista. Si la ley es correcta, esto es, da una solución adecuada a un problema de coordinación en una sociedad, entonces los incumplimientos de esa ley serán la excepción. Y, por lo tanto, el Estado no tendrá necesidad de usar sino los recursos necesarios mínimos para imponer la sanción a los infractores, que son los menos. Pero si la ley es incorrecta, esto es, no es la solución adecuada a un problema de coordinación, entonces el incumplimiento de la norma será generalizado, y el estado tendrá que usar ingentes recursos si quiere imponer la sanción prevista.

Se podría establecer la siguiente regla: la utilización del poder coactivo del Estado es directamente proporcional a la incorrección de la norma. A reserva de que más adelante se trate explícitamente el tema, pensemos en lo que sucede con una norma autoritaria, arbitraria, que busca sólo el interés del gobernante. Es una norma que requerirá todo el potencial coactivo del Estado para imponerla. En cambio, si consideramos una norma que razonadamente resuelve, por ejemplo, la seguridad del tránsito vehicular, será observada sin necesidad de tener a un agente en cada esquina. Las personas aceptan que es necesario asumir la obligación de cumplir esa norma por el bien de ellas mismas y de todos en la comunidad.

Hasta ahora se ha indicado que la ley por antonomasia es la ley moral, en virtud del acto personalizante que implica. La ley positiva es, en consecuencia, una ley en sentido secundario, un analogado. Y como tal, útil para descubrir un elemento que no se da de manera directa e inmediata a nuestro conocimiento en la ley moral. Si la norma positiva es una solución a un problema de coordinación en una sociedad, implica necesariamente, en cuanto solución, que es algo razonado. Es decir, no puede darse una solución si no es capaz de aprehender el problema. Y la aprehensión de éste sólo puede ser hecho por la inteligencia. Y sólo ésta puede sopesar las implicaciones de dicho problema y ponderar las posibles formas de solucionarlo.

Por eso la ley obligacional se distingue de la ley de la naturaleza, entendiendo por naturaleza lo que es, lo físico, lo material, lo medible. “Si es ‘A’ tiene que ser ‘B’”. Estas leyes de la naturaleza han estado, están y estarán siempre ahí. Lo que ha hecho el hombre, como ya se dijo antes, es descubrirlas, formularlas matemáticamente y usarlas para el mejoramiento de sus instrumentos.

Las leyes conductuales u obligacionales no están ahí, no son “naturales” en el sentido de que dándose una determinada situación necesariamente resultará otra. Son leyes, las conductuales, que dan una solución a un determinado problema de interrelación humana. Por lo tanto, son creaciones, no descubrimientos, de la inteligencia. No atienden a la necesidad sino a la conveniencia y beneficio del hombre. No prevén un resultado infalible, sino esperan que la conducta de las personas se ajuste a la directriz que dan para la mejor convivencia en sociedad.

Las leyes obligacionales son, pues, producto de la razón. Y, por tanto, buscan crear orden y armonía en las relaciones sociales. Si la ley moral es la ley en sentido estricto, pleno, ¿cuál es la razón que aprehende el problema y le da solución? ¿Acaso podemos también hablar de que la ley moral da soluciones a problemas de coordinación en una sociedad? ¿Un hombre, en el hipotético supuesto de que viviera aislado, no tendría necesidad de leyes morales? No se le presentarían problemas de coordinación.

5.3.5. La ley moral es racional

La ley moral es racional y sí resuelve problemas de coordinación. La racionalidad está en la congruencia de ésta ante la evidencia de los primeros principios *per se nota*: se debe hacer el bien y evitar el mal. Es coherente, es racional, la aceptación de esta evidencia. Independientemente de lo que se entienda por “bien” o por “mal”, por más esfuerzo intelectual que se ponga en contra, no es posible destruir o encontrar incongruencia, o falta de lógica, o algo que debilite la fuerza aplastante de ese principio: el bien debe hacerse; el mal debe evitarse.

¿Pero quién puso o de dónde sale esa evidencia que la razón recoge? No sale de ningún lado; no está escrito por nadie en ningún misterioso papiro o piedra o en la misma alma. No está indicado por la mano flamígera de un demiurgo. Es sencilla y puramente una evidencia racional.

Finnis, siguiendo a Santo Tomás, en el acto de elección del hombre, descubre la intervención de la razón, en cuanto especulativa y en cuanto práctica. Por la primera aprehendemos la verdad, entendemos la realidad externa y la propia, la interna, la que nos lleva, en la autoreflexión, a estudiar, analizar y conocer nuestras actividades psíquicas y el modo en que éstas captan la realidad que nos rodea. Por la segunda, se toma la decisión de actuar; hace que se pase de la contemplación de la verdad a la actuación. La primera nos dice que es bueno, en este momento, para mí, estudiar o preparar la clase que impartiré mañana. Pero por más bueno, provechoso y apremiante que sea estudiar y/o preparar la clase, si no paso al acto de estudiar, todo se quedará en un buen deseo. La razón práctica me ordena -tienes que estudiar y/o preparar tu clase ahora- y me lanza a la realización de ese estudio o de esa preparación.

“Hay que hacer el bien y evitar el mal” es el primer principio de la razón práctica, de acuerdo a Finnis; pero es más que eso: es la realidad inmediata, evidente, que la razón especulativa encuentra de manera aplastante apenas despierta y se vuelve a su objeto: la verdad. Nadie, por más intransigente que sea y por más en desacuerdo que pueda estar con esta exposición, puede sostener sinceramente que él no capta el concepto de bien; que la realidad es sólo caos; que es más imperiosa la inclinación intelectual al desorden, a la perversidad, a la barbarie. “Hay que hacer el bien y evitar el mal” es algo tan inmediato, tan evidente, tan sólido, que no puede congruentemente esconderse, minimizarse y, mucho menos negarse.

La razón especulativa lo expresa y formula conceptualmente; la razón práctica lo pone en acto. Este principio general es también una solución adecuada, con el mismo carácter de generalidad y de principio original, a problemas de coordinación interpersonales y/o sociales. Hacer el bien y evitar el mal dice necesariamente relación a otros. Incluso en el caso hipotético o real del eremita, que se aísla en lo más recóndito del desierto; hacer el bien y evitar el mal tiene carácter social. Si el eremita en cuestión sucumbe a la tentación de no cuidar el medio ambiente que le rodea; si destruye su hábitat; si cancela su actitud de apertura, lo más probable es que terminará desquiciado y, por tanto, siendo un peso para los demás. Y, si no, estará dejando rastros de egoísmo que tarde o temprano repercutirán en los demás.

5.3.6. Los bienes básicos

En la explicitación de este primer principio de la razón práctica, la razón especulativa descubre otros valores. Son los bienes básicos de los que trata Finnis. “El conocimiento, la vida y la salud, el juego (ocio), la experiencia estética (creativa o no), la socialidad o amistad en su forma más genuina, la religión (metafísica o filosófica) y la razonabilidad práctica son los valores fundamentales, principios autoevidentes, distintos entre sí, pero todos dotados de igual relevancia, y a los que

cualquier persona razonable tiene acceso y no puede menos que considerar como bienes.”¹³⁷¹

Es también inmediato el encuentro con la verdad de que la preservación de la propia vida es fundamental y un bien que debo perseguir. Sin este bien se dificulta la realización de otros bienes también básicos, inmediatos, como el bien del conocimiento y de la amistad. Si la salud física o psíquica está mermada es claro que las potencialidades para realizar los otros bienes es menor. Se carece de fuerzas, falta el gusto, aparece la incomodidad para leer, para curiosear, para estudiar; o para sonreír, apoyar a los otros o simplemente para interrelacionarse.

La razón práctica me pone la exigencia de preservar la vida, la propia y la de los demás. Me impone la exigencia de interrelacionarme y llegar al grado más intenso de esa interrelación que es el amor a otras personas. Me interpela para enriquecerme intelectualmente y me motiva a rebasar cada día nuevas fronteras en el conocimiento. Estoy impulsado, inclinado a ello. Aunque también puedo flojear, dejarme y clausurar mi apertura y trascendencia. Puedo omitir hacer el bien, y simplemente no hacer el mal. Pero ello es desacato al principio de “Hay que hacer el bien”. Un imperativo que no se contenta con que el sujeto no haga nada, y salga cansinamente con la bandera del “con esto es suficiente”. Hacer el bien nunca será una tarea terminada; nunca un objetivo del todo cumplido. Hacer el bien es un horizonte infinito abierto frente a nosotros. La curiosidad por conocer es insaciable. Sólo la adormece o embota la flojera, la falta de esfuerzo, la insípida ausencia de miras, de objetivos, de descubrimientos. Quien ha inyectado dosis de droga a su curiosidad, ha echado un pesado telón negro sobre su futuro. Y un hombre si futuro es un hombre sin vida, sin juventud, sin ilusión.

De estos principios o bienes básicos, que la razón especulativa descubre, no en la realidad material, física, de las cosas, sino en la realidad de la propia especulación (entes de razón) se desprenden o derivan las leyes morales: no matarás, no robarás, ama a tu prójimo como a ti mismo, honra a tus padres... El decálogo de la religión judeo-cristiana. Pero también: acrece tu patrimonio cultural; desarrolla todas tus potencialidades físicas, emotivas e intelectuales; sé productivo para bien tuyo y de los demás.

5.3.7. El deber no deriva del ser

Estas leyes morales no derivan del hecho de la naturaleza humana, en cuanto estructura física y psicológica. Tal derivación sería inválida desde el punto de vista lógico, como lo hizo ver Hume, y como lo analiza detenidamente Finnis. No puede resultar un “deber” de un “ser”; una obligación de una realidad. La realidad se me pone en frente pero no puedo exigirle que sea diferente, que se conduzca de otro

¹³⁷¹ FARALLI, Carla: *La filosofía del derecho contemporánea*; Hispania Libros-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2007. Traducción de José Iturmendi Morales, María José Falcón y Tella, y Juan Antonio Martínez Muñoz. Pág. 140.

modo a como realmente se conduce, que sea libre, cuando es algo determinado, sin opciones, sin posibilidades de no ser lo que ella es.

“Presupuesto del análisis crítico de John M. Finnis (n. 1940) es la idea de la imposibilidad de deducir, a partir de aserciones de naturaleza descriptiva prescripciones que resulten útiles en el ámbito de la acción humana...

“De aquí se deriva su propuesta dirigida a justificar la validez del Derecho natural sin tener por ello que violar la regla que considera lógicamente imposible derivar proposiciones valorativas de proposiciones fácticas.”¹³⁷²

Las leyes morales derivan de los principios conocidos por sí mismos, en la operación intelectual de la persona. Para los tomistas, el término “naturaleza” significa la esencia de cada ser; esencia que se manifiesta en su actuar. Por lo tanto, la naturaleza del hombre, su esencia, es racional, ya que su modo de actuar es racional; actuado en operaciones de la razón: la intelección y la volición.

En consecuencia, las leyes morales se captan en la operatividad racional, no en la estaticidad del ente; se aprehenden entendiendo y queriendo, no en el análisis científico ni siquiera filosófico de lo que es el ser humano. Por eso, se puede decir con toda propiedad que las leyes morales se presentan como exigencias de la racionalidad que capta el bien y exige, sin determinación alguna, realizarlo. Por consiguiente, no derivan del hecho, de una situación estática del ser humano en cuanto tal. El deber de terminar mi trabajo no es una derivación de que soy un ente de naturaleza racional, sino de la operación, de la actividad de esa racionalidad que capta los primeros principios del deber.

No existe pues una inválida asunción que va del “ser” al “deber”. No porque soy así, racional, tengo que hacer el bien. Más bien, porque soy racional y descubro por esa racionalidad que el bien debe ser hecho, es por lo que tengo la obligación de hacerlo. Cuestión de matiz; pero importante para no ser blanco de una crítica del todo fundada y lógica: el “debe” no puede derivarse del “ser”.

5.3.8. Ley Natural

Si las leyes morales son, pues, derivaciones de los primeros principios *per se nota*, y no de la naturaleza del ser humano en cuanto objeto (no en cuanto qué es), sino en cuanto a su operatividad, se puede, no obstante, siguiendo la tradición, denominar “ley natural” a las leyes morales.

¿Por qué? Porque “natural” está tomado aquí en el sentido de operatividad – racionalidad. El hombre en su actuar propio y específico. Su actuar racional. “Natural” en el sentido de que la esencia, lo propio, de la persona es aprehender la verdad y realizar el bien. Y que este bien debe ser hecho. Es la evidencia ante la cual se encuentra la razón práctica.

¹³⁷² *Ibidem*. Pág. 138.

No, por tanto, una deducción sacada de un análisis de la “naturaleza” en el sentido de componentes de un ente. Ni mucho menos tomado el término “naturaleza” en el sentido de lo físico, lo concreto, lo que está materialmente ante nosotros y que ocupa un espacio. Tampoco la “naturaleza” en el sentido de que cuando se da “A” necesariamente tiene que darse “B”. La ley natural no es lo mismo que las leyes de la naturaleza.

5.3.8.1. *Naturaleza objeto y naturaleza sujeto*

El hombre es un ser viviente de naturaleza racional. Nuestra diferencia específica es la racionalidad. Al igual que los seres vivos, como las plantas y los animales: nacemos, crecemos –nos desarrollamos- y morimos. Tenemos ciertas funciones que son absolutamente orgánicas y, por lo tanto, independientes de nuestra sensibilidad y volición. Al igual que los animales, sentimos y percibimos; nos movemos y respondemos a los estímulos de forma inmediata. Pero sólo nosotros, los humanos, podemos y somos capaces de entender y querer. Porque sólo la persona tiene las facultades racionales de la inteligencia y de la voluntad. A esto le llamo naturaleza objeto. Esto es, el hombre en el portaobjetos del microscopio: un objeto de estudio, de análisis, de determinación de lo que es. Con ello se describe la naturaleza del ser humano, como se puede también describir la naturaleza –lo que es- de cada ente que es sometido a estudio. Es la definición de Boecio: el hombre, una substancia individual de naturaleza racional. Se dan los elementos que constituyen la esencia del ser humano.

En cambio, la naturaleza sujeto es el hombre en acción; esa substancia individual en el acto de entender y querer, o mejor, en tiempo gerundio: aprehendiendo y queriendo. Esta naturaleza-sujeto es la que se muestra como racional, a diferencia de todos los otros entes terrenales. Es la que se manifiesta como libre; la que se proyecta en la consecución de un plan de vida querido; la que capta el bien y la que se enriquece o se degrada si lo realiza o no.

Por la inteligencia, no sólo captamos la realidad, sino que somos capaces de abstraer en conceptos lo esencial de la misma para construir, sin necesidad de la inmediatez de las cosas, -de lo real- concordancias, deducciones y conclusiones sobre esa realidad. Conclusiones que son universales y válidas en todo tiempo y lugar. Es la ciencia. Sólo el hombre es científico. Y, además, es el incansable explorador de cuanto existe. El empedernido curioso de lo que tiene ser. El hombre es un pertinaz cuestionador que va tras las causas de las cosas, de los fenómenos, de las estructuras físicas y de aquellas que están más allá de las físicas y que hacen el mundo inteligible y explicable. Es insaciable. Y lo es, porque la inteligencia está abierta al infinito y nada que sea finito puede satisfacerla, llenarla, taponarla en su ansia de más y más comprensión.

Por la voluntad, amamos. El amor humano no es sólo un amor corporal, basado en lo sensible. El amor personal es un amor que penetra hasta la intimidad y ama por lo que se es, no por lo que se ve o se aparenta. Y como sólo las personas tienen intimidad, el amor, por definición, sólo puede darse entre personas. Es un encuentro de interioridades. Si sólo fuera corporal, exterior, a nivel sentimiento, se

tendrían encontronazos, como los tienen las masas físicas: sin interioridad. Y, por lo tanto, sin comunicación, sin enriquecimiento, sin traslación recíproca de espiritualidades.

Lo que sentimos por una mascota, por una planta y hasta por un objeto es una tendencia que nace de la sensibilidad, no de la razón. Por eso, sólo los humanos somos capaces de prescindir del objeto, de la planta y hasta de la mascota en aras de un amor interpersonal.

El dolor del sentimiento nunca llega a la intimidad del dolor personal. El hombre que actúa racionalmente sabe que, por muy fuerte e hiriente que sea el dolor sentimental, no debe éste cegar su razón, ni permitir convertirse, bajo sus efectos, en una bestia invadida de rencor y afán de destrucción. Siempre, en nuestros tiempos y en los tiempos pasados, el odio ha sido visto como algo que ofusca la razón, como un enervante de la inteligencia que la nubla y enturbia. O que la exalta y agudiza para provocar el mal. Los antagonistas en las películas, en las novelas o en las obras de teatro siempre cargan con una personalidad de ofuscados mentales o de genios malignos. Messala en Ben Hur de Lew Wallace, el Guasón en la saga de Batman, Macbeth de Shakespeare.

Por más agudeza mental que manifiesten los “malos”, nunca, a no ser que estemos psicológicamente enfermos, aceptaremos sus argucias, sus odios, su ambición de revancha. Siempre nos inclinaremos por el débil, por el que lucha honrada y lealmente para salir adelante, por el que busca la justicia, por quien realiza, en una palabra, el bien.

El amor personal asume al amor sentimental. Por eso, el auténtico amor también es pasión, también es ardiente, también duele y presiona el alma. Pero siempre construye, siempre deja ser, siempre anhela la realización del ser amado. No es obsesivo, no es esclavizante, no es intransigente.

El amor personal, no obstante la decrepitud del cuerpo, ama porque hay un ser en la otra persona; porque las personas han entrelazado sus vidas de tal modo que palpita en sus distintos cuerpos una misma alma; porque la razón los ha llevado a buscar la realización personal del otro, no importando el sacrificio que ello pudiera y pueda implicar. El amor personal ama porque, más allá de las muestras de correspondencia, se busca el bien y la plena realización del amado; se piensa en el otro y no tanto en sí mismo; se anhela y se trabaja por la felicidad del que se ama sin consideraciones hacia la propia situación. Amar se traduce en “quiero que tú seas”¹³⁷³; quiero que triunfes, que alcances tu plenitud, que te realices como persona.

El amor sensible tranquiliza; el amor personal llena y personifica¹³⁷⁴. Cuanto más se da, más se enriquece y realiza a la persona que ama¹³⁷⁵. Por eso, ni la

¹³⁷³ DE FINANCE, Joseph, *Saggio sull'agire umano*, Librería Editrice Vaticana, 1992, pág. 403.

¹³⁷⁴ “El amor es la realización más completa de las posibilidades del hombre” LUCAS LUCAS, Ramón: *L'uomo, spirito incarnato*, Edizione Paoline, Milán 1993, pág. 178.

distancia física, ni los silencios permanentes, ni las actitudes humillantes, pueden entumecer el amor personal. Ninguna circunstancia, ningún obstáculo, ningún desprecio tiene la potencialidad de congelar la pasión por el bien del amado.

5.3.8.2. *Naturaleza racional*

Lo racional es pues nuestra diferencia específica en acto, en realización (naturaleza-sujeto). Las operaciones intelectivas y volitivas son las que nos distinguen de los demás seres irracionales, y las que nos identifican como personas. Todas con la misma dignidad, porque lo esencial no está en las características físicas ni en las posesiones materiales, sino en la racionalidad, que abre al absoluto, a lo trascendente, a lo infinito. Por eso, ningún ser humano puede ser medio. Siempre es fin en sí mismo.

Todos los seres humanos, independientemente de su raza, de su religión, de su cultura o de sus afecciones somáticas, son iguales. Todos somos personas. Y por el hecho de serlo tenemos derechos inalienables que ningún poder nos puede negar, y sí todos deben reconocer, respetar y procurar su ejercicio. Todos somos seres vivientes de naturaleza racional que captamos el bien y nos ponemos ante la disyuntiva de realizarlo como lo debido, o de no realizarlo y, entonces, tropezar en la propia realización personal.

5.3.9. **Ley moral-Ley natural**

Antes he dicho que la ley moral es la ley natural. ¿Realmente hay identificación? ¿No se trata de dos tipos, de dos clases distintas de leyes? Si lo específico de la norma es la razón de ser del acto humano personalizante que conlleva, y esto es esencial a la norma moral; y la ley natural no es sino la disposición, en forma de exigencia, de la razón práctica para realizar actos personalizantes –cada acto de aplicación del primer principio: hacer el bien y evitar el mal-, entonces, la ley moral y la ley natural es lo mismo. No hay distinción entre ellas. Hablar de una es significar la otra y a la inversa.

Pero si lo anterior es verdad, entonces tendríamos que aceptar que la ley natural es variable, dado que la moral lo es. Por lo menos, lo que podemos constatar es que no hay acuerdo sobre lo que puede ser calificado de moral. Unos dicen que la moral es lo que indica una u otra doctrina religiosa. O que es lo que debe ser hecho para no discordar de lo que es usual hacer en una sociedad. Otros afirman que las normas morales no son sino cristalizaciones de las costumbres que en cada grupo social se van conformando. Otros señalan que lo moral es tan relativo como concepciones de la vida se puedan tener. Y algunos consideran que lo moral depende de qué tanta satisfacción pueda ofrecer a la necesidad de placer que experimentan los hombres.

¹³⁷⁵ “Un hombre que no vive un verdadero amor en su vida, no puede llamarse un hombre realizado y verdaderamente libre” *Ibidem* pág. 179.

Y en verdad que existe una gama muy variada de concepciones morales. Posiblemente todos, o la inmensa mayoría, concuerden con el primer principio de “hacer el bien y evitar el mal”. Pero ¿qué es el bien? ¿Quién tiene la autoridad para decidir que algo es bueno y que esa decisión sea aceptada por los demás?

El punto de partida es el hombre actuante como ser racional, según se ha dicho ya antes. La inteligencia aprehende, como hemos venido diciendo, la verdad; y la razón práctica se lanza a la realización del bien expresado en esa verdad. En consonancia con esto, debemos aceptar, por lo menos, que el elemento “instrumental” para conocer y determinar el bien es la razón. De ahí que todas las explicaciones que no partan de la racionalidad para la especificación de lo moral, deberíamos ponerlas en duda. Es decir, no podría aceptar sin más como moral algo que depende o está basado sólo en la sensibilidad: escoger la muerte de un inocente para salvar la vida de otros, pocos o muchos. El sentimiento me empuja a ello; pero la razón me dice que no puedo usar ni disponer de la vida de nadie.

También sería muy cuestionable aceptar como moral el abuso del propio derecho: abortar porque el “producto” viene con malformaciones; el derecho de la madre a no cargar con un hijo enfermo, o simplemente el derecho de la madre al propio cuerpo, como se dice ahora, asumiendo que el feto es parte de su cuerpo y que éste no tiene ningún derecho y ni siquiera expectativa de derecho. Es irracional y más bien producto de la comodidad el escabullirse ante responsabilidades y las exigencias que comportan determinados actos.

El perder la conciencia en el alcohol y/o cualquier enervante, no me exime de la responsabilidad que asumo si, en ese estado, privo de la vida a alguna persona. Por lo menos, cualquiera, en sus cinco sentidos, y sobre todo la o las víctimas no dudarán en reconocer que es irracional alegar como excluyente de responsabilidad el estado etílico o de drogadicción en el que me encontraba.

Ni tampoco aceptaría algo bueno si el calificativo de moral le viene etiquetado con la marca de la generalidad: todo el mundo lo hace; o este comportamiento es el que cuadra en este contexto; o lo que se lleva es hacer tal o cual cosa. Era una práctica común que salió a la luz pública en la crisis financiera de los Estados Unidos de América del 2008, el que los CEO's obtuvieran bonos millonarios, incluso cuando eran conscientes de que los resultados de las entidades financieras que dirigían no eran reales. Por más que fuera lo ordinario en ese sector, la sociedad reconoció que no era una práctica buena; que era irracional que sabiendo que los bancos se encontraban en situación de quiebra, con las consecuencias de daño patrimonial para millones de ahorradores, ellos siguieran cobrando ingentes bonos de productividad.

Pondré otro ejemplo: tener una actividad sexual fuera del matrimonio: es lo que se hace, y el joven que no haya tenido una experiencia sexual antes de terminar su carrera universitaria o incluso antes de cumplir los dieciocho, no encaja, para muchos, en el ambiente; es un chico o chica raros para el contexto social en el que vivimos. Este ejemplo es más difícil que el de los CEO's para concluir que hay una conducta irracional; porque aparentemente no se causa daño a ningún tercero, ni

siquiera hay daño que se reconozca para los involucrados, siempre que se haga con mutuo consentimiento. Se tachará de retrogrados y de conservadores anquilosados a quienes piensen que este comportamiento de los jóvenes es “malo” o que “está prohibido”. Difícilmente alguien se atreverá a decir que es irracional. Y, sin embargo, lo es.

La relación sexual instintiva no es racional. La tienen también los animales. Y, por lo menos, existe acuerdo en que hay una diferencia esencial entre el ser humano y aquellos. Esa diferencia esencial o específica es la racionalidad. El encuentro sexual, entre humanos, por lo tanto, debe tener el sello de la razón. De lo contrario, sería un simple acto infrahumano: hoy quiero contigo, sin conocerte, o apenas con los filtros de la seducción, y lo hacemos. Mañana, si te he visto, no me acuerdo. Es la típica imagen que muchas películas de Hollywood nos han proyectado en las últimas décadas. Cuando vuelva a sentir ganas o ansias de coito, vuelvo a buscar el satisfactor y se acabó: ninguna relación verdaderamente interpersonal, ninguna expresión de amor, ninguna ilusión de realización personal. Puro instinto animal. En consecuencia, ausencia de racionalidad.

¿Quiero decir con esto, que las relaciones sexuales entre conocidos o entre novios o parejas sí son racionales, aunque estén prohibidas por la “norma” religiosa de la Iglesia Católica? Si esa relación sexual es amorosa, en el sentido de donación para la realización del otro; y, en consecuencia, es personalizante, tengo que afirmar que esas relaciones son morales, porque son racionales.

5.3.10. Ley moral-norma religiosa

Entonces, ¿“la norma” religiosa va más allá de lo moral? En este caso concreto, sí. Porque la Iglesia católica considera que el acto sexual es de tal valor que sólo puede realizarse entre consortes, y nunca fuera del matrimonio. La consecuencia de inmoralidad, en una persona religiosa católica no estaría tanto en el hecho de tener relaciones con una pareja que no es su consorte, sino en la incoherencia que ello implica con su convicción religiosa: aceptar que es católico pero no observar las prescripciones “metamorales” que cada religión puede tener.

Por eso los divorciados que llevan vida de pareja no están fuera de la comunión de la Iglesia. Simplemente ésta considera que no están en el estado de gracia que se requiere para recibir la eucaristía. Afirmar que es inmoral una relación sexual de pareja animada de amor y de actos personalizantes, sería tanto como decir que ningún hombre ateo o agnóstico puede ser un hombre moral. O que todos los que no son católicos no pueden ser personas capaces de cumplir con la ley moral. Es un dogma de fe que “fuera de la Iglesia Católica no hay salvación”. Sin embargo, el Catecismo de la Iglesia Católica, publicado por Juan Pablo II, en 1992, se apartó de las interpretaciones restrictivas y reduccionistas del mismo.¹³⁷⁶

¹³⁷⁶ “Fuera de la Iglesia no hay salvación” 846 ¿Cómo entender esta afirmación tantas veces repetida por los Padres de la Iglesia? Formulada de modo positivo significa que toda salvación viene de Cristo-Cabeza por la Iglesia que es su Cuerpo: El santo Sínodo... basado en la Sagrada Escritura y en la Tradición,

Lo moral es total y absolutamente humano. Es explicable y entendible sin tener que recurrir a Dios, o a una voluntad trascendente, cualquiera sea el término como a ella se le denomine. Lo religioso puede ser un motivo ulterior de cumplimiento de lo moral; pero no es lo determinante. Pero también hay que reconocer que el fundamento último, como sucede con toda la realidad, tiene que ser ese ser increado o, como explica Finnis en el último capítulo de *Natural Law and Natural Rights*, aquello que no necesita para existir de ninguna otra situación o “estado de cosas”¹³⁷⁷, aquello que es incausado. A lo cual podemos llamar Dios.

La religión es racional; pero es más que ello: es esencialmente la aceptación, por la fe, de un Dios que, a través de la revelación, nos indica su voluntad de querernos como hijos suyos.

La fe, eso que es fundamental y esencial en la religión, si no quiere convertirse en un club de iniciados o en grupo de relaciones de poder, no es algo irracional ni un fenómeno paranormal. Es algo –la doctrina de la Iglesia católica lo llama don, gracia- que ilumina la inteligencia para que ésta no sólo acepte racionalmente la existencia de un ser trascendente, sino acepte que es persona y que ésta mantiene una relación de amistad con el creyente para realizarlo completamente en la contemplación y vivencia infinita de un amor eterno.

San Agustín decía: “Creer para entender; y entender para creer”. No hay oposición entre ciencia y fe. La ciencia tiene sus caminos, sus métodos y, ciertamente, sus cuestionamientos lógicos sobre la naturaleza de la causa incausada. Pero reconoce que la última explicación de todo lo existente, o, en otras palabras, que el mundo sólo es inteligible reconociendo ese principio necesario de la causa incausada. La inteligencia humana sólo llega hasta ahí; pero es lo suficiente para dar razón de su quehacer inquisitivo; para otorgar un fundamento a la ciencia que la

enseña que esta Iglesia peregrina es necesaria para la salvación. Cristo, en efecto, es el único Mediador y camino de salvación que se nos hace presente en su Cuerpo, en la Iglesia. Él, al inculcar con palabras, bien explícitas, la necesidad de la fe y del bautismo, confirmó al mismo tiempo la necesidad de la Iglesia, en la que entran los hombres por el bautismo como por una puerta. Por eso, no podrían salvarse los que sabiendo que Dios fundó, por medio de Jesucristo, la Iglesia católica como necesaria para la salvación, sin embargo, no hubiesen querido entrar o perseverar en ella (LG 14). 847 Esta afirmación no se refiere a los que, sin culpa suya, no conocen a Cristo y a su Iglesia: Los que sin culpa suya no conocen el Evangelio de Cristo y su Iglesia, pero buscan a Dios con sincero corazón e intentan en su vida, con la ayuda de la gracia, hacer la voluntad de Dios, conocida a través de lo que les dice su conciencia, pueden conseguir la salvación eterna (LG 16; Cf. DS 3866-3872). 848 "Aunque Dios, por caminos conocidos sólo por Él, puede llevar a la fe, “sin la que es imposible agradarle” (Hb 11, 6), a los hombres que ignoran el Evangelio sin culpa propia, corresponde, sin embargo, a la Iglesia la necesidad y, al mismo tiempo, el derecho sagrado de evangelizar" (AG 7).

¹³⁷⁷ “Y la única explicación disponible para el entero estado de cosas causante es ésta: que hay algún estado de cosas que causa el entero conjunto de requisitos previos o condiciones causante del estado de cosas mencionado en primer lugar, pero que él mismo no está incluido en ese conjunto de condiciones causante precisamente porque, a diferencia de todos los miembros de ese conjunto, su existir no requiere que se cumpla una condición como requisito previo (no incluida en él mismo). Este estado de cosas recién postulado puede ser llamado (y debe serlo, dado el sentido que le estamos dando a ‘causar’) un causar incausado” Pág. 411.

unifique y no la lleve por caminos que sólo se pierden en la petición de nuevos principios.

La fe, por su parte, como aceptación total de Dios, y, consecuentemente, de su voluntad, no puede contradecir, ni es su objeto, los resultados de las ciencias. Sin embargo, sí puede emitir orientaciones y ofrecer, desde su perspectiva y posición, pautas para verificar o retomar el análisis de ciertas hipótesis de estudio. No era una cuestión de fe, sino de ciencia, el heliocentrismo, aunque ello le hubiere costado un proceso ante la inquisición a Galileo y su reclusión domiciliaria. Tampoco es una cuestión de fe la ingeniería genética; pero sí puede la religión, desde la perspectiva de la fe, alertar a los científicos sobre los riesgos de una manipulación genética.

De lo anteriormente dicho se puede concluir que la fe no es simplemente la creencia en un Dios como si éste no tuviera participación ni interés en la vida propia. La fe es un compromiso total de vida, porque es la aceptación de Dios no sólo como existente, -que ya por la simple razón se llega a ese punto- sino como volente de mi realización personal. Y, por lo tanto, con las exigencias del amante. No exigir del amado que sea lo mejor, es indiferencia; lo contrario del amor. Dios, desde la perspectiva de la fe, ama personalmente y su amor es donación total. El rechazo o la indiferencia a ese amor no ofende a Dios; es el hombre el que se priva de lo mejor que puede tener, y haciéndolo se limita y opaca.

El hijo pródigo del Evangelio perdió todo cuando se alejó de la casa paterna. El padre sintió la pérdida de su hijo, pero respetó su libertad. El auténtico amor no esclaviza; al contrario, respeta siempre. Y nunca dejó de amar a ese hijo y de esperar su retorno a la casa paterna. Quien perdió dignidad, quien se humilló hasta esclavizarse, fue el hijo. Ante esta tragedia familiar, porque también el hijo mayor exhibe su egoísmo, resalta la magnanimidad, la ternura y el amor inconmensurable del padre.

La aceptación absoluta de Dios es ese salto al vacío con la confianza de que no se pierde sino que se gana todo. Implica, por tanto, a pesar de las miserias humanas que se manifiestan en la Iglesia, la aceptación de ésta como intermediaria. Y, por tanto, la observancia de sus prescripciones en materia de “moral” y de “disciplina” u organización. ¿Pero por qué no una relación directa, sin esa intermediación? Porque la aceptación total de Dios implica la aceptación de que es su voluntad que exista la Iglesia, sí como cuerpo místico, pero también como organización humana a través de la cual se administran los sacramentos y se convive realmente como comunidad.

Algunas disposiciones de “moral”, como ya lo he indicado antes, van más allá de lo puramente “moral”. Son necesariamente de contenido moral, porque deben tener relación con un acto personalizante. Si no existiera esta relación, entonces, esa disposición “religiosa” simplemente sería inmoral. Por ejemplo, si una religión dispusiera el sacrificio humano, o proscribiera la libertad de opinión y/o pensamiento, o diera derecho a “los escogidos” para abusar sexualmente de las mujeres, sería una religión inmoral. Las disposiciones religiosas referidas en estos ejemplos son irracionales y, por tanto, despersonalizantes. Sin embargo, como

veremos más adelante, en el ámbito religioso puede darse claramente la manipulación de la conciencia y, por tanto, para el sujeto que realiza tales actos, en la creencia firme de que eso es lo que quiere de él la divinidad, no habría despersonalización.

Las disposiciones religiosas personalizantes o son puramente morales o van más allá de la moralidad, en el sentido de que exigen más de lo que piden las primeras. Por ejemplo, es moral que una persona realice un compromiso de destinar sus bienes y entregar su vida a los más necesitados. Pero ello no necesariamente es un compromiso religioso. Sin embargo, si uno lo hace, teniendo no sólo como motivo la solidaridad humana y el amor por el prójimo, sino, además, en la convicción de que Dios se lo pide, y promete ante sus representantes (la Iglesia) hacerlo con exclusividad, entonces, se convierte en un acto religioso. Los votos religiosos de castidad, pobreza y obediencia son promesas, compromisos, asumidos conscientemente, que implican una radicalidad y exigencia absoluta más allá de lo que dispone la moral. El hombre que no realice ese compromiso radical puede ser tan moral como el religioso que sí lo realizó; lo que distingue a uno y a otro, es que el segundo asume el componente religioso; y el primero, no tiene por qué asumirlo. La racionalidad de tal acto, en sí mismo, no llega hasta esa radicalidad de exigencia. Llega cuando se percibe como un “llamado” de Dios, una “vocación”. En este caso, la exigencia es racional, pero reforzada con el elemento religioso.

Las disposiciones religiosas, tal y como las he identificado, son obligadas para el creyente, pero no necesariamente para toda persona. Es el caso de los divorciados vueltos a casar (se entiende civilmente, porque el matrimonio religioso sería nulo). Es una disposición religiosa, en el catolicismo romano, no romper el vínculo conyugal. Esta disposición, sin embargo, no le es aplicable al judío, cuya religión no tiene prohibición en esta materia. O los diferentes métodos de fertilidad en los que de algún modo se interfiere, desde fuera, el proceso normal, es algo que no es aceptado por la Iglesia Católica. Hay elementos para pensar que existe irracionalidad en esta disposición en base a la consideración de que no está permitido al hombre manipular el proceso querido por Dios para la fecundación del óvulo. Pero, el que no es católico, ve la racionalidad del apoyo médico para alcanzar la concepción de un hijo.

Las normas religiosas, como cualquiera, pueden ser violadas, incumplidas, marginadas. Su componente religioso, así como refuerza e ilumina la capacidad de la razón, así también robustece la conciencia de culpabilidad: se deja no solamente de realizar un acto personalizante, sino también se desobedece conscientemente a Dios.

En el Génesis, la imagen de este sentimiento racional de culpabilidad se ilustra con la desnudez de Adán y Eva luego de violar la prohibición impuesta por su creador de comer la fruta del árbol del bien y del mal.

5.3.10.1. *Ley moral y arreligiosidad*

Si la norma religiosa debe ser siempre racional y, por lo tanto, moral. Y si implica una exigencia adicional con base en la relación con la divinidad, tendríamos que preguntarnos si la arreligiosidad es inmoral. Esto es, si la razón exige, como bien, “ligarnos” (re-ligión), para realizarnos plenamente, con Dios.

Nuestra razón está abierta al infinito. Esto quiere decir que ningún ente finito, ninguna verdad parcial, ningún bien conmensurable podrá satisfacer la sed de conocimiento de nuestra inteligencia, y, consecuentemente, la aspiración siempre viva, de realizar el bien. La insatisfacción permanente es la característica del hombre en busca del infinito. Si la muerte fuera el final de todo, sería absurda e inexplicable esta inquietud de totalidad, de comprender lo que está más allá de lo ya comprendido, de buscar lo que pueda llenar el ansia de trascendencia que experimentamos en lo personal e individual, y no, como algunos han dicho, en la especie.

No es el género humano el que busca la trascendencia y por eso avanza cada día más en conocimientos y técnica. El género humano es una entelequia, no una realidad personal. Por lo tanto, no puede sentir ni pensar ni querer encontrar esa solución definitiva a su búsqueda de bien total. Es la persona humana en su individualidad la que lo quiere, anhela y busca. Si todo terminara con la muerte, todo sería un sin sentido para el ser humano, en cuanto individuo. ¿Qué gano con mi dedicación al arte, si en los tiempos futuros, cuando ya no esté yo, se apreciará mi obra y hasta se volverán millonarios los que tengan una pintura que en vida me despreciaron y casi me pagaron por caridad? ¿Qué gana el científico que descubre intrincadas leyes físicas que transformarán la técnica y revolucionara el modo de vivir en sociedad, si la muerte lo despoja de todo, y lo vuelve a la nada? Se pondrá su nombre a calles en todas las ciudades del mundo; se le nombrará en todas las universidades; se escribirán tratados sobre sus descubrimientos; se le reconocerá su labor en discursos y memoriales. Pero él, en cuanto individuo personal ¿qué gana si no es ya nada?

La apertura a toda la realidad, no sólo material, de la razón, nos lleva a presumir que necesariamente la conciencia debe sobrevivir a la muerte. Sería un absurdo, como reconoció Sartre, la vida del hombre si todo se clausura con la muerte. La realización plena del ser humano está en su encuentro con el trascendente, único capaz de colmar sus ansias de trascendencia. El cielo no es otra cosa que esa satisfacción; no es otra cosa que esa contemplación eterna de Dios, en el amor, también completo y sin limitaciones.

Ahora bien, si la razón, abierta al absoluto -a lo trascendente-, me exige comportarme para alcanzar esa trascendencia, y no descansar en mi acercamiento al ser incausado, que, por lo mismo, debe ser infinito, entonces, la razón me presenta como un bien digno de perseguir ese Absoluto. Y, consecuentemente, la conveniencia de “religarme” a Él, de ser religioso. ¿Dentro de alguna religión en particular? No. La pertenencia y/o la profesión de una religión en particular no es cuestión que me dilucide la razón solamente. Es una situación racional que va

acompañada de un impulso “religioso”, no atribuible a la sensibilidad, ni tampoco solamente a la razón. Es ese “llamado” o “iluminación” de la que casi todos los conversos hablan, y que llega no como algo previsto, sino como una “gracia”, independientemente de los méritos (búsqueda de la verdad) que pudieran tenerse.

En consecuencia de lo anterior expuesto, tenemos que decir que la religión es algo propio, natural, del ser humano. Pero no, que la arreligiosidad sea inmoral. La relación con Dios, con el Trascendente, se da sin necesidad de una religión, entendiendo por tal un conjunto de doctrinas, creencias e instituciones organizativas. Un hombre arreligioso moral reconoce la existencia del Trascendente, y se comporta en función de ello. No requiere de las estructuras de una iglesia, ni de los catecismos o formularios dogmáticos para comportarse de conformidad a la existencia de Dios.

El paso entre lo puramente moral y lo religioso se da cuando se presenta al Trascendente como conocido en su esencia, en su naturaleza. Ese paso puede ser dado por motivos políticos: mantener la unidad de un Estado; infundir miedo para controlar las fuerzas subversivas que pudieran darse en una comunidad; facilitar la integración social. O simplemente se sigue el camino de la tradición familiar. Pero el único paso auténtico es cuando se afirma conscientemente la aceptación de la fe, si es que se nace y educa dentro de ella –la que sea; o cuando se acepta ese “llamado” o esa “gracia” de reconocer el amor paterno de Dios.

La religión aporta a la moral, como lo veremos más tarde que hace también el derecho positivo, seguridad en el comportamiento de los individuos. El código de prácticas y deberes religiosos facilita el conocimiento de lo que debe ser hecho y cómo y dónde hacerlo.

5.3.10.2. Lo religioso y lo moral

Cuando se asocia moral y religión, se tiende a pensar que si se es ateo, agnóstico o simplemente adherente a una distinta religión, los preceptos de las otras y/o de cualquier religión no incumben al que es ateo, agnóstico o adherente a una religión distinta. Para el judío, las prescripciones de la Iglesia Católica no tienen aplicación. Por ejemplo: esta última prohíbe el divorcio; la primera, no. Si para el Musulmán es imperioso que la mujer se guarde y sólo revele su físico al esposo; para los católicos romanos parece ello una desigualdad de género trasnochada.

Asociar moral y religión no es el camino que nos llevará a dilucidar la identidad de lo moral. La religión, sea cual fuere, busca la relación del hombre con lo trascendente, o, por lo menos, con alguien o algo más que represente o se proyecte como aspiracional y motivante por encima de lo inmediato, y, por lo tanto, siempre asombroso. Las religiones monoteístas, las politeístas e incluso los panteísmos tienen esa característica común: el asombro de lo divino, y la aspiración de llegar a ello, divinizándose de una u otra forma.

La arreligiosidad no implica necesariamente que se desconozca esa aspiración a lo divino. El ateo simplemente no cree en la existencia de un Dios o acepta que, si existe, no tiene el menor cuidado ni le interesa tener ninguna relación

con los humanos (ateo: sin dios). El agnóstico, por su parte, tiene la convicción de que no es posible al entendimiento humano conocer si existe o no un Dios y menos si ese Dios pueda tener una relación con los humanos, en caso de que existiera.

Pero uno y otro aceptan, si no se dejan arrinconar por un sentimiento antirreligioso, que normalmente, si se da, siempre es con tintes rabiosos, y, consecuentemente, subjetivista. Si se mantienen en la objetividad, decía antes, aceptan que la religiosidad es un elemento que aparece en todas las culturas, y que influye de manera determinante en la vida y en los comportamientos de los individuos.

No obstante dicha constatación del influjo de la religión en el comportamiento humano, no hay razón para identificar lo moral con lo religioso. Muchas prácticas o “normas” religiosas son efectivamente morales. Pero lo son, justamente, porque son morales. La moralidad no la pone la religión. Ésta asume como suyas normas morales porque son racionales.

Con lo anterior, debe quedar suficientemente claro que no por tratarse de una religión se tiene, como consecuencia, la norma moral, o la definición de lo que es bueno y lo que no lo es.

Con ello, afirmo nuevamente que la norma, en sentido estricto, es la moral. ¿Pero no existirán “normas” religiosas que no sean morales? Sí. Por supuesto. Han existido y quizás todavía en nuestros días podamos encontrarlas, conductas religiosas que son del todo irracionales: el suicidio colectivo; o el ofrecimiento en holocausto de la vida de personas; o la poligamia o poliandria; o “la guerra santa”, llámese ‘cruzada’ o ‘yihad’, en el sentido con el que ahora se toma este último término y se aplica a quienes hacen la guerra para extender un estado islámico.

Son “normas” religiosas irracionales. Por lo tanto, no son morales. En la Iglesia Católica se condenó a los herejes, se llevó a la hoguera a mujeres que fueron acusadas de “hechiceras”, se llamó y se llevaron a cabo expediciones militares para liberar los santos lugares, se aceptó la desigualdad de género, se defendieron con resistencia bélica las posesiones papales, y se reconoció el “derecho divino” de los reyes, se discriminó a los judíos y se les acusó de casi todos los males del Estado cristiano. Todo esto es irracional. Juan Pablo II pidió perdón por los crímenes cometidos por la Iglesia Católica¹³⁷⁸. Francisco I también lo ha hecho en relación a

¹³⁷⁸ La institución de la Inquisición ha sido abolida. Como dije a los participantes en el Simposio, los hijos de la Iglesia deben revisar con espíritu arrepentido «la aquiescencia manifestada, especialmente en algunos siglos, con métodos de intolerancia e incluso de violencia en el servicio a la verdad» (*«Tertio millennio adveniente»*, n. 35). 4. El 12 de marzo de 2000, con motivo de la celebración litúrgica que caracterizó la Jornada del Perdón, se pidió perdón por los errores cometidos en el servicio a la verdad recurriendo a métodos no evangélicos. La Iglesia debe realizar este servicio imitando a su Señor, manso y humilde de corazón. La oración que dirigí entonces a Dios contiene los motivos de una petición de perdón, que es válida tanto para los dramas ligados a la Inquisición como para las heridas en la memoria que han provocado: «Señor, Dios de todos los hombres, en algunas épocas de la historia los cristianos a veces han transigido con métodos de intolerancia y no han seguido el gran mandamiento del amor, desfigurando así el rostro de la Iglesia, tu Esposa. Ten misericordia de tus hijos pecadores y acepta nuestro propósito de buscar y promover la verdad en la dulzura de la caridad, conscientes de que la

los abusos de la Iglesia durante la conquista de América y época de la colonia española¹³⁷⁹.

5.3.11. Progresividad en el conocimiento de la ley natural

¿Quiere decir que la maldad acampaba en la Iglesia? Los historiadores pueden dar cuenta de muchos casos en que efectivamente el rencor, la envidia y la ambición de algunos clérigos fue tal que merecen el repudio total, más cuando revistieron su maldad con las vestimentas de lo sagrado. Pero también es cierto que esa situación nos descubre una verdad: la limitación de la razón humana para conocer de una vez y en su totalidad todo lo que implica el primer principio: “hacer el bien y evitar el mal”.

Igual que el conocimiento en las ciencias naturales, el conocimiento de la ley moral o natural es progresivo, sujeto a errores. No siempre lineal. No está tampoco la razón exenta de equivocaciones. En lo único en lo que no puede fallar es en su intención de realizar el bien y evitar el mal. Si por las circunstancias históricas y culturales, si por no poder considerar todas las variables, si por prevalencias de prejuicios que no se pueden determinar como tales, la razón realiza un acto como bueno, cuando objetivamente es malo, (es irracional) entonces tenemos o un conocimiento parcial de lo que es “el bien”, o una conciencia no rectamente formada. Tómese el término conciencia, como equivalente a razón, y específicamente a razón práctica.

En el primer caso, el del conocimiento parcial, la conciencia señala que ese acto es bueno y que por tanto debe realizarse. El no actuar conforme a lo dictado por la conciencia, sería del todo inmoral. Porque atenta contra el principio de “hacer el bien y evitar el mal”.

En otras palabras, si la conciencia señala que el acto es bueno, poniendo todos los elementos que tiene que poner para señalarlo como tal y distinguirlo de lo que no lo es, entonces, el actuar contrario es irracional porque atenta contra el primer principio de la razonabilidad.

En el segundo caso, en el de la conciencia no rectamente formada, la causa de la inmoralidad está en la ausencia o parcialidad en la formación de la conciencia. Esto es, en la falta de acopio de elementos que la razón debe tener para descubrir el bien objetivo.

verdad sólo se impone con la fuerza de la verdad misma. Por Cristo nuestro Señor». Juan Pablo II, Carta al Card. Roger Etchegaray, 15 de junio del 2004. Cfr <http://www.zenit.org/>

¹³⁷⁹ “Lo han reconocido mis antecesores, lo ha dicho el CELAM y también quiero decirlo. Al igual que san Juan Pablo II pido -citando al fallecido papa- que la iglesia se postre ante Dios e implore perdón por los pecados pasados y presentes de sus hijos... y pido perdón, no sólo por las ofensas de la propia iglesia sino por los crímenes contra los pueblos originarios durante la llamada conquista de América” Discurso en Santa Cruz, Bolivia, el 9 de julio del 2015.

No puede estar rectamente formada la conciencia, cuando descuido informarme, culturizarme, investigar las opiniones de quienes han destacado en el tema del comportamiento humano, en lo que es la persona, en escuchar las voces autorizadas. Tampoco puede hablarse de conciencia rectamente formada si dejo y me habitúo a ser guiado por los instintos irracionales, por lo que siente y quiere el cuerpo, por la satisfacción inmediata pero parcial de lo que sólo puede acallar un estímulo de la sensibilidad animal. La conciencia -la razón- se embota y las decisiones y acciones, en ese estado, no pueden ser racionales. Son casi siempre irracionales; seguramente instintivas e impulsadas, muchas veces, por la ambición o por el odio.

5.4. CLAVE DE REFERENCIA PARA DISCERNIR EL BIEN

¿Cómo determinar, entonces, “el bien”, en una sociedad pluralista y más aún, en un mundo en el que interactúan culturas diversas y concepciones de la vida que difieren en muchos aspectos? En nuestra consideración de que lo propio, lo esencial, del ser humano, no es su color de piel ni su estructura somática ni siquiera su bagaje cultural, sino su razón; y si hemos afirmado que en la operación-actuante de ésta se capta la ley moral, tendremos que concluir necesariamente que sí existe un criterio, una “clave referencial”, para determinar “el bien”, no sujeto a las circunstancias cambiantes ni a la diversidad social ni a las opiniones más difundidas y ni siquiera a las convicción religiosas.

Ese criterio es simple y sencillamente la razón. ¿Pero, entonces, como explicar la diversidad de concepciones morales? Muchas de ellas apelan a la racionalidad. Ya he indicado que, estando de acuerdo en que es la razón el punto discriminante para determinar lo que es “el bien”, entonces sólo debemos atender a las teorías morales que tienen a la racionalidad como el punto referencial, y dejar de lado todas aquellas que se basan en otros criterios: religiosos, costumbristas, modas, sentimientos que no están ajustados a la objetividad de la razón.

¿Qué es lo bueno –el bien? Lo que está conforme a la razón. ¿Qué es lo malo –lo que debe evitarse? Lo que no está de acuerdo a la razón. La concordancia o discordancia con la razón no depende de los gustos, caprichos o circunstancias. Dice siempre y necesariamente relación con actos personalizantes. Por eso, el valor de Priamo para humillarse ante su enemigo Aquiles, y pedirle la entrega del cuerpo de su hijo Héctor para rendirle las honras fúnebres, era una conducta tan razonable hace casi tres milenios como la consideramos por tal ahora.

Es decir, ni el tiempo –la historicidad-, ni las condiciones culturales, ni los adelantos tecnológicos determinan lo que es racional y, por lo tanto, lo que implica un acto personalizante para el ser humano. Desde que el hombre es racional la determinación de lo bueno lo dicta la razón, y mientras el hombre sea racional, el bien, en cuanto acto personalizante, es el mismo.

5.4.1. Inmutabilidad de la ley natural

Por eso la inmutabilidad de la ley natural en cuanto a su esencia: lo que es racional; no, en cuanto a su conocimiento, que, como he dicho, es progresivo y con aciertos y errores. Platón y el mismo Aristóteles aceptaron la esclavitud como algo racional. Hoy en día no podríamos estar más alejados de esa concepción. ¿Cómo es posible que unos pensadores de esa talla hubieran defendido la esclavitud? ¿Qué no tenían la perspicacia intelectual para siquiera intuir que esa institución no era racional? Por supuesto que tenían la capacidad y perspicacia para hacerlo pero, como sucede en muchas ocasiones, su preocupación intelectual y los caminos de su investigación no los llevaron a considerar de frente tal situación. Y hasta su situación política los pudo inclinar para tratar de justificar algo que, quizás, intuyeron no era del todo correcto.

Con la llegada del cristianismo, las preocupaciones intelectuales se centraron en la naturaleza de Cristo: si era sólo hombre; o si era sólo Dios; o si era Dios y hombre en una sola persona. Y, después, si el hombre podía por sí mismo salvarse, o si era indispensable la gracia divina. Así, durante casi toda la edad media, la atención se centró en la religión, no obstante que la predicación de Cristo tuvo como eje el amor al prójimo; y, por tanto, la igualdad de todos los hombres.

Pero no podía ser de otro modo en la Edad Media: la sociedad entera giraba en torno a la Iglesia, y la Iglesia, para subsistir y afianzarse, tenía que consolidar su base doctrinal y luchar por la unidad ideológica, sin lo cual ninguna organización humana –y la Iglesia lo es– no puede subsistir.

Con el renacimiento, el hombre se convierte en el centro de atención. Es la revolución copernicana en lo social.

El iluminismo es la exaltación de la libertad y de los derechos del hombre. La igualdad se convierte en el *leitmotif* de los pensadores y políticos. La vida del hombre en sociedad, el estado, los derechos, la libertad, la extinción de los estamentos son los temas que nutren los esfuerzos intelectuales y el desarrollo de las ciencias sociales.

Con las teorías vitalistas y existencialistas el hombre no sólo fue el centro de atención, sino que el objetivo de las mismas fue traerlo a nuevo nivel ya que se le consideró no sólo como objeto estático de reflexión, sino como actuante en el ejercicio de su libertad, llegando a concluir que el hombre no tiene esencia, porque la va constituyendo en cada opción que realiza.

Desde la segunda mitad del siglo XIX la cuestión social ha marcado la tendencia, tanto en las teorías económicas, como políticas y sociales. Y, en virtud de ello, se han ido estableciendo derechos humanos que hasta hace algunos siglos parecían inexistentes: el derecho a unas condiciones laborales dignas, a una jornada limitada de trabajo, a un descanso semanal de los trabajadores, a la seguridad social. Derecho a no ser discriminado, a una vivienda digna, a la libertad de expresión, a la educación y otros más.

Igualmente, en las últimas décadas se han patentizado las relaciones supranacionales, y las consecuencias que los actos realizados en una región tienen en otra. La deforestación de las selvas amazónicas provoca calentamiento atmosférico, y éste el fenómeno del deshielo; y éste a su vez el aumento en los niveles de los océanos; y, consecuentemente, el riesgo para millones de personas que viven en las costas. Por ello, también se han vislumbrando y concretando derechos humanos, llamados por algunos de tercera generación. Derechos que son ley natural. Y que sólo con las urgencias de los riesgos que la contaminación ha provocado la razón los ha puesto a la luz. Es el derecho al medio ambiente, a la paz, a la justicia internacional.

Todos estos derechos son expresiones y/o formulaciones de la ley natural. Y con ellos se trata, en sociedades en las que la desigualdad ha crecido, de disminuir la brecha entre ricos y pobres. Se trata de respetar a todos, no importando su condición económica, racial, creencias religiosas, ideologías políticas, preferencias sexuales. Se trata de ofrecer oportunidades a los menos favorecidos. Se trata, en una palabra, de lograr una sociedad más humana, basada en la convicción de que todos tenemos los mismos derechos porque todos somos personas.

El hecho de que exista progresividad en el conocimiento de la ley natural no significa que ésta cambie o que la regla sea la variabilidad. El bien, como dije antes, es siempre el mismo.

Si en los albores de la humanidad se hubiera entrado a una situación de emergencia ecológica como la que ahora tenemos, indudablemente que la preocupación hubiera ocupado y preocupado a la razón para descubrir que debe preservarse el ambiente. Si cuando el imperio romano de occidente se tambaleaba ante las incursiones de los pueblos del norte (de los bárbaros para los romanos), se hubiera tenido el espacio y la serenidad para tomar conciencia de que la igualdad entre los hombres no implica perder dignidad, sino en todo caso, abandonar formalismos superfluos; que ese reconocimiento no es para diluirse en la masa, sino en todo caso, abrir las puertas del corazón para encontrarse con todos, entonces se hubiera dado, no sin traumatismos, como de hecho sucedió en Francia, y sin tener que esperar al siglo XVIII, la abolición de las clases sociales y, por supuesto, la abolición de la esclavitud.

Lo mismo en el siglo XIX: antes de la industrialización no había forma de que la conciencia captase que las condiciones laborales deben ser acordes a la dignidad humana.

El bien está ahí, no cambia; no es uno hoy y otro mañana. Simplemente la conciencia, la razón lo va captando. Para ello, influyen, por supuesto, las circunstancias históricas, las situaciones conflictivas, los momentos de crisis. Siempre, la historia nos lo enseña, el empeño humano se potencializa en épocas difíciles. El reto de salir adelante, de vencer la adversidad, es prueba de la racionalidad del hombre, y también de que la comodidad de la vida puede ir narcotizando la conciencia. No son ‘malos’ los problemas. Pueden significar un acicate para romper la inercia y volver a comportarnos como seres racionales.

5.4.2. Accesibilidad a la ley natural

¿Podríamos, entonces, vivir en sociedad sólo con la ley natural? No. Precisamente porque es captada por la razón y no siempre ni todos los humanos estamos en un ejercicio y preocupación constante de descubrirla –sería imposible vivir con este solo objetivo– es que es indispensable la ley positiva.

Con lo dicho anteriormente no se debe concluir, entonces, que el conocimiento de la ley natural es inaccesible para la mayoría. Todos, en cuanto racionales, podemos captarla. Pero esta posibilidad no siempre es factible actuarla. Las tareas prácticas, el trabajo y las preocupaciones por la existencia, y en muchas ocasiones, por la subsistencia diaria, hacen que la atención esté centrada en cosas, objetos y tareas más inmediatas. La especulación es una especialidad que no todos pueden o quieren seguir. Los antiguos decían que “*primum essere et postea filosofare*”. Y la historia es clara al respecto: mientras los humanos no solucionaron sus necesidades básicas no tenían tiempo para pensar y reflexionar. Una vez que se superó el nomadismo y la estabilidad ganó terreno, aparecieron los primeros esbozos de pensamiento filosófico.

Por eso Finnis acude al hombre sabio de Aristóteles: el *Spoudaios*, para señalar que se requiere cierta preparación, conocimientos y hábitos de pensamiento para el trabajo especulativo y, consecuentemente, para captar la ley natural. Sin embargo, lo anterior no significa que los hombres, por menos cultivados que estén, no tengan la conciencia de que el bien debe ser hecho y el mal se debe evitar. Todos, absolutamente todos, a excepción de quienes obnubilen por completo la conciencia, captamos las disposiciones de la ley natural más generales; y éstas, en situaciones normales, nos permiten saber lo que debemos hacer y lo que debemos evitar.

Con todo, en situaciones excepcionales, no comunes, sólo el “hombre sabio”, o el “hombre prudente”, puede discernir lo que es conveniente y conforme a la razón. Y, no obstante ello, la razón exige que para la vida en sociedad, tanto el común de la gente como los habituados al trabajo especulativo, tengan como directiva general y común las leyes positivas.

Una de las funciones de estas leyes es precisamente la orientación y seguridad que dan al actuar de los miembros de una sociedad. Si no hubiera leyes positivas, cada cual actuaría según su leal saber y entender, en el mejor de los casos; y, en el peor, de acuerdo a sus sentires y, quizás, pasiones irracionales. Estaríamos en el supuesto del estado natural de los contractualistas.

5.5. FUENTES DE LA LEY POSITIVA

¿En dónde está la distinción entre los exponentes del contractualismo y los exponentes de las nuevas teorías de la ley natural? En que los primeros sostienen todo su esquema del orden normativo y estatal en una petición de principio: el pacto por el que los individuos ceden su libertad en aras de una libertad controlada que llegue hasta donde no se interfiera o se dañe la libertad de los demás. Los segundos, en cambio, y me refiero concretamente a Finnis, entienden como propio de la

persona humana la sociabilidad, y, por tanto, la interrelación con las demás personas. Y afirman que la realización personal sólo puede darse en sociedad. Pero no en cualquier sociedad, sino sólo en la “sociedad completa” que es el Estado. Las sociedades intermedias (familia, club, comunidad escolar, centro de trabajo) son necesarias, pero no disponen de la estructura suficiente y de los medios necesarios para que la persona logre siempre un mayor crecimiento en su personalidad. La familia requiere de la escuela, del centro de trabajo, de las amistades extrafamiliares que, eventualmente, originarán relaciones aptas para constituir otra familia. De igual manera, el centro de trabajo, el club o la comunidad escolar requieren de cada una de las otras instituciones y de la comunidad en general para poder cumplir sus objetivos.

Donde existen relaciones sociales, de acuerdo a Finnis, existen o se dan problemas de coordinación. Y la solución a estos problemas sólo puede obtenerse mediante decisiones directivas. Que a su vez sólo pueden obtenerse de dos maneras: o por unanimidad en la toma de esa decisión, o por mayoría de los delegados electos por los integrantes de la comunidad (Finnis dice: o por unanimidad o por la decisión del líder del grupo). La unanimidad es no sólo imposible en nuestras sociedades actuales, sino que la pretensión de tal es del todo infundada y sin expectativas de un resultado en tal sentido. La decisión por mayoría es lo común.

Entre los contractualistas y Finnis existe tanta distancia como la hay entre la suposición de un hipotético estado de “naturaleza original” y la constatación de la sociabilidad del hombre y, consecuentemente, la necesidad de resolver, mediante decisiones autoritativas, los problemas de coordinación.

5.5.1. Disidencia

¿Pero si la mayoría es la que decide, no existe el riesgo de que la minoría disidente se oponga a las decisiones autoritativas? ¿Qué hace que la minoría se someta a las normas que no aprobó? La respuesta está, nuevamente, en la racionalidad. Cada uno de los disidentes es consciente y, por tanto, considera racionalmente que los problemas de coordinación sólo pueden resolverse por decisión de la mayoría; y sabe que sería contraproducente, y, por consiguiente, irracional, no acatar esas decisiones: cundiría el desorden, la falta de seguridad, la imposición de los más fuertes sobre los más débiles. Y todo ello resultaría en un daño para los propios disidentes.

También puede suceder que la disidencia sea de tal grado que lleve a un rechazo racional de la decisión autoritativa. Son los objetores de conciencia; los que ven y entienden que la disposición va en contra de lo que su razón les dice que deben hacer. Esa objeción de conciencia, en base a lo dicho anteriormente, es totalmente respetable. El hombre, para realizar actos humanos personalizantes, debe seguir su conciencia -su razón práctica- rectamente formada.

La objeción de conciencia implica una decisión razonada de no obedecer una ley (una decisión autoritativa) que se ve como no-racional. El objetor de conciencia tiene el derecho de exponer su oposición, de criticar la ley, de manifestarse

públicamente, resistiendo incluso, de forma pacífica, a la autoridad que tiene como función y deber el que la ley se ejecute y cumpla.

Tal oposición pública, para que lleve a un buen fin, necesariamente exige que sea fundada. Esto es, que el objetor pueda dar razón de su oposición y tenga una actitud coherente. Si predica su objeción, aunque sea de manera brillante y hasta impecablemente lógica, pero luego su actuar no corresponde a ese discurso, entonces la objeción posiblemente sea un simple parapeto para ambiciones políticas.

Cuando la objeción es auténtica y se corresponde con la actitud de vida y el comportamiento existencial, entonces, el objetor logra lo que la minoría no pudo: derogar o cambiar la ley. Incluso, modificar todo el sistema político; liberar a una entera nación de un régimen tiránico o hacer que prevalezca la razón sobre unas decisiones coyunturales que sólo generarán, en el corto o mediano plazo, conflictos y desigualdades. Y, consecuentemente, un ambiente poco propicio para la realización personal.

5.5.2. La Ley injusta

En este punto surge también el problema de la *lex injusta*, entendiendo por tal, la ley (decisión autoritativa) que no logra una solución adecuada, y, por tanto, justa, a un problema de coordinación. La minoría disidente, probablemente lo sea porque consideró que la ley atenta contra la justicia; que la aplicación de la misma o su sola vigencia permite que se vulneren derechos; que la regulación de determinadas situaciones que se dan en la vida en sociedad no necesariamente tiene como finalidad la solución de un problema de coordinación sino reconocer como general una conducta que no implica en sí misma un problema de coordinación sino que, en todo caso, sus repercusiones son enteramente personales, de carácter estrictamente privado o, a lo más, afecta a un círculo pequeño.

Por ejemplo, la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La razón de los legisladores, independientemente de sus motivaciones políticas y de acaparar las simpatías del colectivo gay, es que cada día se manifiesta y es más común la conducta homosexual. Que, por lo tanto, es necesaria una legislación que regule dichas relaciones, reconociendo los derechos de tal grupo. ¿Se daba realmente un problema de coordinación? Hasta donde yo alcanzo a ver, no. El respeto a su conducta está protegido por el deber, impuesto constitucionalmente a todos, de no discriminar a nadie. Las preferencias sexuales de cada persona entran en el ámbito personal y no social. Por muy difundido y declarado que sea el comportamiento homosexual o lésbico, no da pie realmente para un problema de coordinación. Si hubiera situaciones de rechazo, de falta de respeto, de desconsideraciones hacia la dignidad de las personas con esas preferencias sexuales, la solución ya estaba en la ley. Y bastaba con la aplicación de ésta (la sanción de toda conducta discriminatoria) para dar solución a esas violaciones de no respeto a su dignidad personal.

Las conveniencias políticas empujan muchas veces a proponer y aprobar leyes inútiles. Inútiles porque realmente no hay problema de coordinación. Inútiles porque su objetivo es simplemente ganar votos, congraciarse con ciertos sectores,

enarbolar banderas de posiciones “liberales” y “modernas”, pero que no implican ni conllevan la solución a un problema, porque éste en realidad no existe.

Se daría un problema de coordinación a resolver, en el tema al que me estoy refiriendo, si la homosexualidad causara violaciones a derechos o situaciones que promovieran el desorden y la paz en una sociedad. A lo largo de toda la historia ha habido personas con tendencia sexual hacia el mismo género. No es algo propio de nuestros tiempos. Lo nuevo es que ahora la ley positiva haga público lo que pertenece al ámbito privado de cada persona y/o al ámbito privado de una pareja.

Es como si la ley reconociera las formas de hacer el amor de una pareja, y las reglamentara. Y los legisladores promotores de esa hipotética ley se presentaran como los paladines de la sexualidad y pidieran por ello el voto de todos los que hacen el amor. ¿Hay realmente un problema de coordinación en la forma en que una pareja hace el amor? No. Cuando se violenta a una de las partes en esa relación sexual, sí existe un problema, mismo que ya está previsto y al que una ley le ha dado solución: la prohibición de violentar a la pareja en el acto sexual, que siempre debe ser respetuoso del otro y en consideración a su dignidad personal.

También habría que precaverse contra las leyes que simplemente buscan reconocer conductas generalizadas. Sería extravagante y calificado de un espantoso equívoco jurídico que una ley reconociera el suicidio porque es una conducta cada vez más generalizada en determinados ámbitos de la sociedad. O que por el hecho de que es muy común que la gente sin un trabajo formal se dedique a vender lo que pueda y en donde pueda, se legalice tal conducta, cuando el deber del Estado, por leyes ya promulgadas, es apoyar a estas personas para que tengan un empleo seguro, que les libre de los riesgos de ser explotados, tanto por privados como por autoridades. La solución de esto, que sí implica un problema de coordinación, no está en promulgar una nueva ley, sino en hacer cumplir las que ya existen y que tienen en la mira ese concreto problema de coordinación.

Una ley “inútil”, en el sentido antes indicado, puede que sea una ley también injusta, aunque no necesariamente. Simplemente es “inútil”. No resuelve, como se ha dicho, ningún problema de coordinación. En cambio la ley injusta resuelve, pero mal, un determinado problema de coordinación. Lo resuelve mal, porque esa ley perjudica a algún sector de la sociedad, a algunos individuos a costa de otros. Su aplicación provoca más problemas; hiere y daña a personas o las limita de tal manera que no pueden aplicar lo mejor de sí mismos para el progreso de la sociedad. Desincentivan y desmotivan el actuar de algunos de los miembros de la comunidad, no porque la ley controle su avaricia y voracidad, sino porque les quita o priva de lo que honestamente pueden tener o conseguir.

5.5.2.1. Elementos de la ley injusta

Como Finnis lo establece, hay una tradición dentro de los pensadores iusnaturalistas que afirma que la ley injusta, al no cumplir con los estándares de una ley, no lo es, y, que, por tanto, no sólo no implica obligación de obedecerla, sino que de plano no debe ser observada.

Ya ha quedado establecido que la ley, en sentido pleno o analogado principal, es la ley moral: la expresión racional de la obligación de realizar un acto humano personalizante. La ley positiva, sea por derivación sea por especificación de la ley natural, que realiza el o los órganos estatales facultados para ello con el propósito de resolver problemas de coordinación en una comunidad completa, es ley en sentido propio, y, desde la perspectiva del lenguaje y del conocimiento inmediato, es la realidad de la cual se abstrae el concepto de “ley”.

En consecuencia, una ley injusta, será la que: (i) o no sea derivación y/o especificación de la ley natural; (ii) o, siéndolo, no sea formulada por el o los órganos estatales facultados para ello; y (iii), o no resuelva adecuadamente un problema de coordinación. En otras palabras, le falta uno o más elementos para ser ley, en sentido pleno.

Una ley que tenga los tres elementos antes indicados necesariamente es una ley justa, porque: primero, siendo una derivación y/o especificación de la ley natural no puede no ser racional. Segundo, al ser emitida y promulgada por los órganos estatales facultados para ello, da la seguridad necesaria y suficiente para adaptar la propia conducta a lo prescrito en ella. Y, tercero, porque si resuelve adecuadamente un problema de coordinación, se logra la justicia. Quizás sea mejor decir, que al realizar la justicia se resuelve el problema de coordinación.

¿Quiere esto decir que necesariamente la justicia es esencial a la ley? Sí. La tradición iusnaturalista siempre ha defendido que el objeto del derecho es la justicia. Y derecho aquí debe ser entendido como conjunto de normas.

También la teoría finnisiana concuerda con esta afirmación: la ley tiene por objeto formular la obligación que debe ser cumplida para realizar la justicia.

Ahora bien, si la “ley injusta” no tiene en su esencia ese objeto, sino que establece una obligación “irracional”, simplemente de fuerza, que lo único que producirá, si se obedece, es a originar injusticias, esto es, violaciones a los derechos de los otros, entonces, la conclusión inmediata es que dicha ley no debe ser obedecida.

Finnis señala que las “leyes injustas” sí son leyes, mas no en sentido pleno, sino en sentido débil. Y que, perteneciendo a un sistema normativo, la directiva general debe ser el obedecerlas, ya que la inobservancia de las mismas puede causar más injusticias que las que se pretenden evitar. En este sentido, la seguridad jurídica que implica la observancia del sistema normativo debe prevalecer sobre la opinión de desacato bajo el argumento de la injusticia de la ley.

No obstante lo anterior –situación de normalidad-, Finnis afirma también que en casos extraordinarios, donde es patente la injusticia de la ley, y es trascendente para el bien común, las personas no están obligadas a obedecer dichas leyes.

En mi opinión, a pesar de la contundencia con que Finnis ataca el consecuencialismo, acepta algo de él al admitir que, en situaciones normales, el

incumplimiento de las leyes injustas será más pernicioso que la observancia de las mismas. En realidad, Finnis sigue en ello a Santo Tomás.

5.5.2.2. *Ley injusta y justicia*

Pero para poder entender mejor el alcance de lo que podría denominar como teoría de la *lex iniusta*, es necesario contextualizarla y determinar qué es la justicia. Como ya se dijo en otro capítulo (segundo), los positivistas niegan que el derecho tenga que ver con la justicia. No obstante, en el sentir individual y social, como se vio en el capítulo primero de este trabajo, está presente la aspiración acuciante a la justicia.

5.5.3. El devenir del mundo sin sentido de la justicia

Cuando Platón propugnó que la desigualdad era natural y garantizaba el equilibrio del Estado estaba reflejando, no sólo lo que era una práctica aceptada en el mundo antiguo, sino también dándole una justificación racional. Encontrar el molde y acoplar a cada uno en un lugar de la estructura. Asignar a los distintos miembros de una sociedad el guión a desarrollar dentro de la República¹³⁸⁰. Interpretar, en los límites de esa partitura, la función propia sin el afán de invadir las melodías de los demás, es lo que, para Platón, constituía la justicia.¹³⁸¹

En la antigüedad, la esclavitud era un estado “normal”, reconocido y regulado por el derecho¹³⁸². Los esclavos eran cosas, objetos de comercio; sin libertad, sin patrimonio, sin derecho a opinar, sin más futuro que el que su propio amo les

¹³⁸⁰ “Platón trata de... El Estado ideal es tal que un inmenso organismo que reproduce la estructura humana. El origen se encuentra en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el principio de su organización interior es la división del trabajo. Análogamente a las partes del alma, las clases sociales del Estado deberán ser los gobernantes, filósofos y legisladores, cuya virtud es la prudencia; los guerreros, que defienden las fronteras del territorio y que deben brillar por su fortaleza, y los comerciantes y artesanos, que buscan el lucro personal y que deben tener la virtud de la templanza. La justicia es, pues la virtud resultante de la armonía de las tres restantes”. MARTÍNEZ CAMPOS, Fernando: *La República*, Edimat Libros, S.A., Madrid; (Pág. 21)

¹³⁸¹ “Sois hermanos cuantos habitéis en la ciudad y sois hermanos en los que los dioses hicieron entrar oro al formar a los destinados al gobierno, plata al preparar a los auxiliares y bronce y hierro al hacer surgir a los labradores y demás artesanos.” *La República*, Libro Tercero, XXI “...en qué consiste la justicia: no en otra cosa que en hacer cada uno lo suyo... ...cuando un artesano o un hombre de espíritu comerciante, engreído por su riqueza, por la multitud de adeptos, por su fuerza o por cualquier otra cosa análoga, trata de introducirse en la clase de los guerreros, o por otra parte, el guerrero en la de los consejeros y guardianes, sin que ambos tengan cualidades para ello, intercambiándose al efecto sus instrumentos y autoridad, o cuando uno mismo intenta realizar todas estas cosas, entonces...se produce un trastorno y una confusión tales que originan la ruina de la ciudad”. *Ibidem*, Libro Cuarto, X. “...ya se echó de ver que la ciudad es justa cuando las tres clases de naturalezas que existen en ella hacen lo que les corresponde.” *Ibidem*, Libro XI.

¹³⁸² “Están bajo potestad de sus amos los esclavos. Y dicha potestad es propia del derecho de gentes, pues observamos que es común a todas las gentes la potestad atribuida a los amos de decidir sobre la vida y la muerte de sus esclavos; y todo cuanto es adquirido por el esclavo pasa a ser propiedad del amo.” SAMPER, Francisco: *Instituciones Jurídicas de Gayo*, Ed. Jurídica de las Américas, México, pág. 37.

quisiera trazar. Se nacía esclavo o se caía en la esclavitud por derrota en guerra, por insolvencia o por la comisión de delitos. Servir a otro, sin derecho a reclamar, era su destino inmediato. Y cuando no se tuvieran fuerzas físicas para servir, entonces la calle y el abandono total era su mortaja¹³⁸³.

El renacimiento significó abrir las ventanas de esa Europa agotada, apesadumbrada y media apaleada por sus ambiciones internas y ahora también por la amenaza del imperio otomano. Después de siglos de una religiosidad, más formal que sincera; y de una oficial, aunque no real, austeridad casi monacal, el descubrimiento de la libertad con que se expresaban y comportaban los clásicos griegos y romanos fue todo un acontecimiento cultural en el más extenso de los sentidos. No sólo las ideas, sino los comportamientos: las formas de hablar, los escritos, las construcciones, todo fue renovado. Se conformó una moda, un estilo de vida distinto, sin que ello significara, por lo menos en el corto plazo, un paso hacia la igualdad de los hombres. Sí, era un mundo nuevo, incluso en el sentido territorial, porque ahora era más extenso –se había descubierto el continente americano–, pero un mundo que seguía manteniendo a los poderosos –nobles y alto clero– en la cúspide del boato; y al pueblo bajo en la base de la miseria.

El nuevo mundo deslumbró a los europeos con sus inmensos recursos naturales. Los diversos reinos aceleraron sus pretensiones sobre territorios ultramarinos. Una avalancha de ambición por el oro y las materias primas de tierras extrañas subyugó a los más ante las posibilidades de alcanzar riqueza al margen y más allá de los títulos nobiliarios. Los comerciantes eran los nuevos ricos. En el intermediarismo y no en los linajes se estaba polarizando el nuevo eje del poder.

Los reyes, con todas las energías a su alcance, izaron velas y enrutaron sus dominios sobre los derroteros de la conquista, de la obtención de metales preciosos, de la venta de la producción generada en sus dominios, y, en no pocos casos, del pillaje para picotear los intereses de los Estados poderosos o simplemente de los Estados incapaces de defender adecuadamente sus naves cargadas de bienes y dinero de los territorios recién descubiertos.

El mercantilismo hizo mella en las ideas que hasta entonces se habían aceptado sin rodeos. La religión comenzó a pasar a segundo término, y el tráfico incesante de mercaderías y el desplazamiento del dinero con un costo (los nacientes

¹³⁸³ *Ciudadano del imperio*, de Gillian Bradshaw, Ediciones B, 1ª, Barcelona 2005, es una entretenida novela que refleja la situación social de la Roma imperial de Augusto, concretamente, la del año 16 a.C. Y, por supuesto, da cuenta de la vida de los esclavos. Jacinto, de 13 años, es el “querido” de su amo. A pesar de la repugnancia que Jacinto siente, es obligado a tener relaciones sexuales con su amo. Y es el propio Jacinto quien describe su situación: “Es un buen amo, todo el mundo lo dice... Mantiene a sus esclavos aunque estén lisiados. Por ejemplo, después del incendio, mucha gente opinaba que debía vender a mi padre a las minas o al menos enviarlo al campo, fuera de la vista de la gente, y eso lo habría matado. El fuego le destruyó los pulmones y lo dejó sin fuerzas. Pero el amo pagó las cuentas de todos los médicos y luego lo colocó de portero para que no tuviera que hacer tareas pesadas. Fue muy amable de su parte. Él es afectuoso aunque nunca compre pasteles para nadie. Y conserva a Esténtor, que apenas puede hablar, y casi nunca manda azotar a nadie y si lo hace es porque se lo merecen. Todos saben que es un buenazo. Yo también, aun cuando... Es sólo que no me gusta que me toque. Me da asco.” (Pág. 53-54).

banqueros y sus préstamos a interés) fueron la preocupación y ocupación de la mayoría.

Con el paso de los años, la misma concepción que mantenía el poder de los príncipes, hizo agua y se desmoronó: si Dios no es ese ser providente, preocupado por el devenir cotidiano, y no interviene a diario en la vida de los estados y de los pueblos, no tendría por qué seguir teniendo valor el principio de la investidura divina de los reyes. Ahora, como en la antigüedad, el más sagaz, el más atrevido y menos escrupuloso es el que merece y al que debe otorgarse el poder¹³⁸⁴.

Nicolás Maquiavelo¹³⁸⁵ no aconseja a Lorenzo de Medici la moderación, sino alcanzar, como lo hizo su admirado César Borgia, el principado; y mantenerlo a como dé lugar y a costa de quien fuera¹³⁸⁶. El derecho, la justicia y el bien común sometidos a la voluntad práctica y a la realidad política del más fuerte. El darwinismo anticipado en una sociedad de seres irracionales.

Las guerras, en esta inquieta época de la Edad Moderna, enarbolaban el motivo de la religión: católicos contra protestantes y protestantes contra calvinistas. Pero en realidad tenían por objeto el acaparamiento del poder territorial y dominar sobre las rutas mercantiles y los mercados: el colonialismo.

A partir de ahí, los artículos más vendidos entraban en el ámbito de lo superfluo más que de lo necesario. Eran indudablemente otros tiempos, en los que también la resaca agrandó la brecha entre los nuevos poderosos: los mercaderes ricos, y los pobres. Los primeros, sin título nobiliario y ahora enroscando en su cuenta de deudores a los grandes señores. Los segundos, los arrojados de las tierras hacía los barrios bajos, los suburbios de las ciudades. Aquí, estos desposeídos se convertían en una mercancía más que se vendía al mejor postor para emprender una

¹³⁸⁴ El primer rey que no fue coronado sino que se coronó así mismo, fue el Elector Federico III de Brandenburgo, como rey de Prusia (Federico I), el 18 de enero de 1701. Cfr. *Iron Kingdom. The Rise and Downfall of Prussia 1600-1947* de Christopher Clark, Penguin e-Books, 2006.

¹³⁸⁵ “En el albor de la historia y de la ciencia modernas, Maquiavelo, en su Príncipe, nos propuso una filosofía de la racionalización puramente técnica de la política; en otras palabras, convirtió en sistema racional la manera en que los hombres se comportan de hecho más a menudo y se dedicó a someter ese comportamiento a una forma y a reglas puramente artísticas. Así, la buena política se convertía por definición en una política amoral que tiene éxito: el arte de conquistar y conservar el poder por cualquier medio (incluso bueno, si se presenta la ocasión, rara ocasión), con la única condición de que sea adecuado para conseguir el éxito”. MARITAIN, Jacques: *El hombre y el estado*. Ed. Encuentro Ediciones, Madrid 1983: (Pág. 71-72)

¹³⁸⁶ “El príncipe nuevo que crea necesario defenderse de enemigos, conquistar amigos, vencer por la fuerza o por el fraude, hacerse amar o temer de los habitantes, respetar y obedecer por los soldados, matar a los que puedan perjudicarlo, reemplazar con nuevas las leyes antiguas, ser severo y amable, magnánimo y liberal, disolver las milicias infieles, crear nuevas, conservar la amistad de reyes y príncipes de modo que lo favorezcan de buen grado o lo ataquen con recelos; el que juzgue indispensable hacer todo esto, digo, no puede hallar ejemplos más recientes que los actos del duque.” MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, Capítulo VII. Maquiavelo se refiere a César Borgia, hijo del Papa Alejandro VI, cuando habla del “duque”.

travesía marítima, sin garantía alguna; en un producto de baja demanda y mucha oferta para perderse en el mar o ser consumido por los piratas. Estos habitantes de la periferia, las más de las veces deambulando hambrientos por las callejuelas de los puertos, esquivados por la gente bien, eran el lastre de los Estados, los apestados de la sociedad.

La revolución francesa trastocó el orden estamental, y se proyectó al mundo como el camino a seguir para abolir las desigualdades sociales. Sin embargo, su ideal fue tachonado de múltiples y feroces injusticias. Muchos, que ni la debían ni temían, fueron arrastrados a la guillotina¹³⁸⁷. Lo importante no era quién, sino cuánto terror se podía infundir para evitar la vuelta al antiguo régimen. A pesar de esta enfermiza locura de muerte, una cosa quedó clara: el reconocimiento de unos derechos pertenecientes a todo hombre, por el hecho de serlo, por la esencia que tiene. Derechos, por lo tanto, que no son dados, sino reconocidos, por el Estado.

En la segunda mitad del siglo XIX se desarrolló la industria. La máquina, al principio utilizando la energía del vapor, hizo escalar un buen trecho el control del hombre sobre la naturaleza. Ya no se trataba sólo del intercambio de bienes, sino de la transformación de éstos para darles un valor agregado. El cambio, relevante, trajo consecuencias sociales lacerantes. Ahora los pobres, sin dejar de serlo, pasaron a ser obreros: los esclavos en las fábricas. Sujetos a jornadas insultantes, extenuantes e insalubres de trabajo. Con pagos miserables de salarios porque el mercado exigía, como por lo demás lo sigue exigiendo hoy en día, producir más con menos. En el entendido de que al deteriorarse el cuerpo, fuera por la edad, por la enfermedad o simplemente por la miseria, el trabajador quedaba simplemente desechado. Era una materia prima más¹³⁸⁸.

La descripción dantesca que realiza Karl Marx en el *Capital* de la situación de los obreros puede trasladarse, sin duda, a la que sufrían muchísimas personas en otras partes de Europa, de Los Estados Unidos de América y de nuestro propio país.

Marx pasa revista a diversas industrias: fabricación de encajes, cerámica, manufactura de cerillas, fábricas de alfombras, panadería, ferrocarriles, modista, herrero, altos hornos, metales... Como periodista que era, recoge lo que dicen los informes oficiales o lo que ha reportado la prensa o lo que ha constatado por sí mismo. Sirva como ejemplo lo que refiere de la industria textil: "...en el sector de la

¹³⁸⁷ Stefam Zweig en su libro *Fouché, El Genio Tenebroso*, Ed. Porrúa, México, 1ª, 1935, cuenta que en Lyon, el 3 de abril de 1794, fueron guillotinado el propio verdugo y su ayudante, sin saberse por qué, quienes habían mandado, en los meses anteriores, centenares de cabezas de reaccionarios a los costos puestos debajo de la cuchilla.

¹³⁸⁸ "Los economistas liberales no aceptaron —y algunos de ellos no aceptan en nuestros días— la acusación que se ha hecho al sistema de mercado libre de la trágica situación en que sumió a la clase trabajadora europea durante el siglo XIX y principios del XX... la culpa de la tragedia social debe atribuirse únicamente a que no se dejó funcionar libremente al sistema del *laissez faire, laissez passer*." SCHEIFLER AMÉZAGA, Xavier: *Historia del Pensamiento Económico*, Tomo I, Ed. Trillas, México, 2002, Sexta Reimpresión, Pág. 352

población urbana que vivía de la fabricación de encajes reinaba un grado de tortura y miseria desconocidos en el resto del mundo civilizado... A las 2, a las 3, a las 4 de la mañana, se sacan a la fuerza de sus sucias camas a niños de 9 a 10 años, y se les obliga a trabajar para ganarse un mísero sustento hasta las 10, las 11 y las 12 de la noche, mientras sus musculatura desaparece, su figura se va haciendo más y más raquítica, los rasgos de su cara se embotan y todo su ser adquiere un pétreo torpor, que con sólo contemplarlo hace temblar...

“En las últimas semanas del mes de junio de 1863, toda la prensa de Londres publicaba una noticia encabezada con este epígrafe ‘sensacional’: ‘Death from simple Overwork’ (‘Muerta por simple exceso de trabajo’). Tratábase de la muerte de la modista Mary Anne Walkley, de veinte años, empleada en un honorabilísimo taller de modistería de lujo que explotaba una dama con el idílico nombre de Elisa. Gracias a este episodio, se descubría como cosa nueva la vieja y resabida historia de las pobres muchachas obligadas a trabajar, un día con otro, 16 horas y media, y durante la temporada hasta 30 horas seguidas sin interrupción, para lo cual había que mantener muchas veces en tensión su ‘fuerza de trabajo’, cuando fallaba, por medio de sorbos de jerez, vino de Oporto o café... Mary Anne Walkley llevaba trabajando 26 horas y media seguidas con otras 60 muchachas, acomodadas en dos cuartos que no encerrarían ni la tercera parte de los metros cúbicos de aire indispensables para respirar, por las noches, dormían de dos en dos en una cama instalada en un agujero, donde con unos cuantos tabiques de tabla se improvisaba una alcoba.”¹³⁸⁹

La reacción a las situaciones generalizadas de injusticia que conllevó la naciente época industrial¹³⁹⁰, fue la de trastocar de modo violento, a través de la rebelión de las masas o del proletariado, como le llamó Engels en el manifiesto comunista, las estructuras del capitalismo.

“Los comunistas no tienen por qué guardar encubiertas sus ideas e intenciones. Abiertamente declaran que sus objetivos sólo pueden alcanzarse derrocando por la violencia todo el orden social existente. Tiemblen, si quieren, las clases gobernantes, ante la perspectiva de una revolución comunista. Los proletarios, con ella, no tienen nada que perder, como no sea sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo entero que ganar. ¡Proletarios de todos los Países, uníos!”¹³⁹¹

¹³⁸⁹ MARX, Carlos: *El Capital, Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946. Págs. 188 y 197 y 198.

¹³⁹⁰ “...los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patrones y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría;...no sólo la contratación del trabajo, sino también las relaciones comerciales de toda índole, se hallan sometidas al poder de unos pocos, hasta el punto de que un número sumamente reducido de opulentos y adinerados ha impuesto poco menos que el yugo de la esclavitud a una muchedumbre infinita de proletarios”. LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, n. 1.

¹³⁹¹ *Manifiesto del Partido Comunista*, 1848.

En lugar de que fueran pocos los que concentraran los medios de producción, que fueran los más, hasta ahora desprotegidos y apreciados sólo por lo que representaba su fuerza individual de trabajo, los que se beneficiaran de los frutos de la producción. La Dictadura¹³⁹² debía consistir en la intervención total del Estado en la economía, abolir la propiedad privada y asignar a cada uno su porción del beneficio económico. Todos iguales, olvidando o marginando que esa igualdad es en cuanto a naturaleza, no en cuanto a aptitudes, justamente porque nuestra naturaleza racional está abierta al infinito y cada cual la va desarrollando en la manera y el modo que más le ajusta y que las circunstancias le permiten.

El socialismo estatizante perduró, como sistema, en media Europa hasta el año 1989. “El muro no tardó en caer. Nadie lo había previsto. Fue una de las grandes pifias de la CIA. No olió que la Unión Soviética estaba a punto de estallar con incalculables consecuencias. Como dice Tim Weiner en su documentado libro sobre la CIA, *Legacy of Ashes*, “la agencia había dictaminado que la Unión Soviética era intocable en el momento en que se desvanecía”... Reagan había visitado Berlín y pronunciado la tal vez más famosa de sus citas: “Mr. Gorbachov, tear down that wall” (“Señor Gorbachov, derribe ese muro”)... El ruso, por diversas razones, acabó haciéndole caso. Firmó el certificado de defunción, del muro y de la Alemania del Este el 6 de octubre de 1989... El muro se agrietó un mes más tarde y fue derribado por miles de personas. Antes de fin de año los regímenes de Europa del Este cayeron en el cubo de basura de la historia.”¹³⁹³.

Las injusticias del capitalismo que el comunismo quiso evitar, las reprodujo con más gravedad y rudeza en su seno. Los Estados convirtieron a sus pueblos en sus súbditos, y, en no pocos casos, en sus esclavos: sin libertades políticas ni religiosas, ni siquiera de tránsito. Con la obsesión de abolir la propiedad privada, pretendieron despojar a los ciudadanos hasta de sus propias ideas. Todos tenían que hacer en su mente *tabula rasa* y sólo asumir lo que la propaganda partidista avalara como verdades absolutas e inmutables.

En Europa y en el mundo occidental en general, los movimientos socialistas en defensa de los trabajadores fueron el detonante para que los gobiernos intervinieran y, con su intervención, se hiciera menos pesada la desigualdad existente entre los dueños del capital y los obreros. En algunos lugares, como en México y Rusia, hubo de por medio una revolución cruenta. En otros, fue la propia sociedad la que hizo los ajustes necesarios bajo la inspiración, y a veces presión, de políticos conscientes de lo que, en adelante, se llamó la cuestión social.

¹³⁹² Dictadura, sólo como etapa intermedia, transitoria. Porque las teorías marxistas concluyen que si el Estado es una superestructura de la clase dominante para subyugar a los débiles, una vez que éstos se liberen de aquéllos, y todos sean iguales, no habrá necesidad de estado. Estado, entendido como un ente de dominación.

¹³⁹³ ARIAS, Inocencio F y CELADA, Eva, *La trastienda de la diplomacia*, Ed. Plaza & Janés, Barcelona, 2010, Pág. 146-148.

5.5.3.1. *Ni liberalismo ni estatismo absolutos*

En el punto medio está la virtud, decían los antiguos¹³⁹⁴. Ni un Estado resguardado tras las celosías de un irrestricto respeto a la libertad económica. Ni tampoco un Estado desproporcionadamente entrometido en todo, incluso en la privacidad de la vida de sus ciudadanos y hasta en la de sus convicciones de conciencia.

El Estado debe intervenir porque la realidad es que el hombre sin razón (el hombre irracional) se comporta como un lobo para con el otro hombre. Y todos los ciudadanos deben saber y entender que no es el poder ni la fuerza lo que debe regir las transacciones mercantiles y/o meramente civiles que pactan entre ellos. No es la ambición, capaz de desollar al débil, ni la habilidad para aprovecharse de la buena fe del otro, ni la prepotencia sobre la necesidad de la contraparte lo que proporciona el oxígeno para una convivencia pacífica. Esto sólo lo hace la justicia.

El Estado, por tanto, tiene el deber de fijar reglas específicas y claras para evitar beneficios desproporcionados para una de las partes en perjuicio de la otra¹³⁹⁵; debe establecer sanciones suficientemente fuertes para disuadir a los que pretendan aprovecharse de la ignorancia, de la miseria o de la necesidad que tengan algunas personas. Debe imponer contribuciones proporcionales a las ganancias de cada uno, con el fin de redistribuir la riqueza y proteger los derechos humanos de todos. Debe regular y controlar ciertas actividades que implican riesgo de deterioro del medio ambiente, y aquellas que resultan peligrosas para la salud y el equilibrio emocional de los trabajadores y/o de los habitantes de una región.

Pero también debe evitarse “el error moderno sobre la causa de los problemas sociales es interesado. Se afirma que los problemas son solucionables por el Estado para darle a éste un poder que no cederíamos gustosos de otra forma.”¹³⁹⁶

5.5.3.2. *La justicia*

Los romanos decían que la justicia era la constante y permanente voluntad de dar a cada quien lo que le pertenece¹³⁹⁷. Y lo que pertenece a cada uno es lo que en derecho puede exigir de otro, sea un individuo particular o sea el Estado.

¹³⁹⁴ “*La virtud es el punto medio equidistante entre dos vicios*” Horacio: Epístolas 1,18.9

¹³⁹⁵ Al Estado “le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere totalmente en poder a la otra, que la pueda reducir prácticamente a la esclavitud” JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, n. 15.

¹³⁹⁶ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Neocorporativismo*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense” (Madrid, 1989), No. 74. Pág. 162.

¹³⁹⁷ “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens*” *Digesto* 1.1, Tit. 1, Leg. 10.

La justicia necesariamente implica alteridad. Hay un sujeto activo, titular del derecho; y un sujeto pasivo, con la obligación de respetar el derecho, y, en su caso, de cumplir la exigencia que le reclama el derecho del otro.

Finnis lo expone de esta manera: "... el complejo concepto de justicia comprende tres elementos... El primer elemento podría llamarse la orientación-hacia-otro; la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es "intersubjetiva" o interpersonal... El segundo elemento en el concepto relevante de justicia es el de el deber, lo que le es adeudado o debido (*debitum*) a otro... El tercer elemento... puede llamarse igualdad."¹³⁹⁸

El derecho de cada cual está basado en la ley. No en el sentido de que la ley otorgue el derecho, sino en el sentido de que la ley hace explícito lo que le corresponde al otro. Si la ley establece que a nadie se le puede impedir la expresión libre de sus ideas, no es que la ley esté haciendo una graciosa concesión del derecho humano a libertad de expresión. Está simplemente reconociendo tal derecho y formulándolo de manera expresa y determinada para seguridad de todos. Lo mismo, si la ley establece que en un contrato bilateral el que incumpla tiene la obligación de resarcir los daños y perjuicios ocasionados por tal incumplimiento a su contraparte, lo que hace la ley es formular de manera precisa a lo que tiene derecho el afectado. Y, otra vez, ello en razón de la seguridad jurídica.

La ley pone pues, en términos precisos, el derecho que tiene cada parte en esa relación de alteridad. La justicia, por ende, será el respeto a ese derecho y, cuando, ese derecho implique también la obligación de la contraparte de dar, hacer o no hacer algo, entonces la justicia será que se dé, se haga o no haga lo que el derecho del otro exige.

Cuando hablamos de que un tribunal hizo justicia, lo que estamos expresando es que un órgano del Estado exige el reconocimiento del derecho de una persona y, en muchos casos, como consecuencia, la ejecución de la obligación incumplida por parte de la contraparte. Incluso la restauración del daño causado a la sociedad, en cuanto también ésta, como el conjunto de todos los individuos que la conforman, fue afectada por la conducta delictiva que se sanciona.

En un mundo de hombres falibles y a veces también corruptos, no es garantía que siempre las decisiones judiciales sean justas. Es decir que reconozcan el derecho del que verdaderamente lo tiene y exijan el cumplimiento de la obligación a o a los que la tienen. Ello no significa, sin embargo, que bajemos los brazos y dejemos de trabajar por una sociedad y un mundo más justo.

La injusticia es el virus que carcome las condiciones de la paz. Es el origen de las rencillas y de las guerras. El hacerse justicia por propia mano, lo único que provoca es que se agrande la distancia para alcanzarla. Y el no hacer justicia lo que causa es impotencia y desconfianza, si no es que rencor y ansias de venganza.

¹³⁹⁸ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 191-192.

La justicia es el entramado de la paz. Dar al otro lo que es suyo, respetar lo que le pertenece, exigir sólo lo que es debido, y en la forma y tiempo debido, inmuniza contra la agresión, contra el afán usurpativo, contra la venganza. La guerra no es otra cosa que la ausencia de justicia en las relaciones interindividuales, de grupos o de Estados. “*El respeto al derecho ajeno es la paz*”, no es sólo una frase en letras doradas que debemos aprender desde niños. Es la conducta que debemos hacer brillar como miembros de una comunidad en cada una de nuestras relaciones societarias.

5.5.3.3. *La justicia no se agota en la ley positiva*

Dado que, como dije antes, la ley formula de manera determinada y expresa el derecho de cada cual, la ley debe ser aplicada para conseguir la justicia. Sin embargo, puede suceder que la ley positiva, sea porque es “incompleta”, en el sentido ya explicado, sea porque ha sido rebasada por el surgimiento de nuevos problemas de coordinación no previstos cuando esa ley fue promulgada, sea por una maliciosa, deficiente o demasiado estricta aplicación de la misma, no sirva para hacer justicia. Sucedió con la deuda de los países subdesarrollados en los años ochentas del siglo pasado. Simplemente la deuda era impagable. Ni siquiera sometiendo a esos países a una esclavitud moderna podían pagar a sus acreedores. Sin embargo, la ley positiva exigía, sin duda alguna, ese pago, como una obligación debida a los Estados acreedores.

La conciencia de justicia va más allá de lo puramente legal, entendiendo por tal, lo apegado a la ley positiva. Y esa conciencia señalaba insistentemente que no eran justas las exigencias de los países acreedores; que era legal, pero no justo. Porque por encima de lo legal está el bien que la razón capta y que muestra que la obligación legal no puede destruir la dignidad de las personas ni llevarlas a una situación de miseria que les impida vivir dignamente.

Juan Pablo II escribió: “Es ciertamente justo el principio de que las deudas deben ser pagadas. No es lícito, en cambio, exigir o pretender su pago cuando éste vendría a imponer de hecho opciones políticas tales que llevarían al hambre y a la desesperación a poblaciones enteras. No se puede pretender que las deudas contraídas sean pagadas con sacrificios insoportables.”¹³⁹⁹

Lo que quiero subrayar es que sigue siendo válida y verdadera la afirmación de que el derecho está determinado en la ley, incluso cuando el sujeto pasivo, el que debe respetar y/o pagar lo debido, se encuentra en una situación de imposibilidad física y/o material de hacerlo. Porque, en este caso, es la ley natural la que obliga a respetar el derecho del imposibilitado a pagar; la que obliga a hacerle justicia y encontrar formas de apoyo (esperas, quitas, reestructuras) para que, en su momento pueda liberarse de la obligación legal.

¹³⁹⁹ JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, n.35.

¿Quiere decir que la ley natural está por encima de la ley positiva? Esto es algo que trataremos más tarde. Me limito por ahora a decir que hay derechos más relevantes, más fundamentales que otros. Por lo tanto, si éstos están determinados por formulas expresas de leyes, deberá necesariamente seguirse que existen leyes más relevantes y fundamentales que otras.

Por eso, podría establecerse que, independientemente de que la ley positiva exija el cumplimiento de un pago debido, está la Ley natural que exige también el respeto a la dignidad de la persona por encima de las deudas materiales.

Sería injusto, porque no se estaría respetando el derecho “natural” del otro, el que el sujeto activo exigiera el pago, aun con sentencia favorable, a alguien que simplemente no puede pagar porque no tiene los medios para hacerlo. Por eso, también el derecho positivo ha establecido que por deudas meramente civiles nadie puede ser privado de su libertad¹⁴⁰⁰.

También es verdad que el fraude a la ley o el abuso que se tiende a realizar de este supuesto legal constituye otra injusticia. Son los límites del derecho positivo. Sólo la referencia al derecho natural permite la actualización de la justicia sin bemoles, sin paliativos, sin excusas.

Hubo tiempos en que el impago de una deuda civil comportaba la esclavitud propia y de los familiares. Eso era legal porque estaba conforme a ley, pero implicaba una injusticia porque calpeaba los derechos naturales de la persona. Pero también los antiguos conocieron que el *summum ius* causa *summa iniuria*. Que el apego estricto al derecho, en ciertas condiciones puede generar excesos, injusticias, y, consecuentemente, violación a los derechos del otro. Seguir escrupulosamente los términos de un contrato sin consideración de la dignidad de la otra persona que cayó en grave estado de necesidad, puede ser una injusticia que hiera profunda y dolorosamente los tejidos de la justicia y, por ende, de la paz social.

No hay que olvidar que en el entramado social, las acciones tienen repercusiones generales. Y la injusticia es un golpe al equilibrio de ese sistema por el que corre la savia de la paz. El resentimiento, el odio o la desgracia que se pueda causar en una relación entre particulares, tiene necesariamente el efecto de distorsionar la armonía, de desencajar las trabes, de botar los ensamblajes y hacer que se derrumbe estrepitosamente el edificio de las condiciones que sustentan la paz social.

Con lo anterior tampoco se pretende absolver a los que dolosamente piden prestado sabiendo que no podrán pagar, ni a los que una vez obtenido el crédito simulan actos para poner sus bienes a resguardo de prestanombres ni a los que buscan, en cualquier forma defraudar. Éstos cometen injusticia y la ley debe obligarlos a pagar sus deudas, de una manera eficaz y sin dilaciones. Sólo así se

¹⁴⁰⁰ Artículo 17, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.

puede contribuir a la seguridad jurídica, a la promoción económica y, en el fondo, a la vigencia de la justicia.

5.5.3.4. *Especies de justicia*

Se ha considerado que existen dos especies de justicia¹⁴⁰¹: a) la conmutativa; y b) la distributiva. En la primera se da tanto cuanto se recibió. O se exige exactamente lo que se otorgó. Es aritmética: presté cinco; tengo derecho a exigir cinco. También podríamos decir que es recíproca: me vendiste un bien que vale diez; te pago diez. Tiene como sujetos correlacionados a dos particulares o, incluso, al particular y al Estado, en el mismo plano, en igualdad de condiciones.

En la segunda, en la justicia distributiva, la alteridad se da entre el Estado y/o un particular en relación a un núcleo específico de los habitantes de dicho Estado o incluso frente a un individuo en específico.

En este clasificado de “justicia” no se requiere que el otro haya dado o hecho algo para que su correlato esté obligado a otro tanto. Por la justicia distributiva el sujeto tiene derecho simplemente por el hecho de *ser*.

En consecuencia, el Estado y los particulares tenemos el deber de dar y hacer aquello que sea necesario para que el otro *sea* y pueda realizarse como persona. Es la justicia a través de la cual se distribuye la riqueza, se protege a los menos favorecidos, se da oportunidad a los que no la tienen. Es la justicia que exige de los que tienen dar –pagar– a ese o esos núcleos de población lo necesario para que puedan satisfacer sus necesidades, vivir dignamente y alcanzar su desarrollo personal.

Es cierto que normalmente el Estado está implicado en realizar la justicia distributiva; pero ello no significa que los particulares no tengamos también obligación al respecto. Nadie puede sentirse excusado de apoyar, en la medida de sus posibilidades, a quien carece de todo o casi todo para salir adelante. Nadie puede pensar que, por el hecho de entregar algunos donativos, está más que saldada su cuenta con la justicia distributiva. Esta exige el cumplimiento de una obligación ante los demás; no suplica una dádiva. Exige que los beneficios se repartan; no que se acumulen en las manos de unos cuantos. Exige que la propiedad privada lo sea pero con una dimensión social y no excluyente.

La propiedad privada es un derecho fundamental, pero no absoluto. Sobre ella grava una hipoteca social. Cuando la sociedad lo requiera, la propiedad privada ha de ser puesta al servicio de la comunidad y del bien común.

¹⁴⁰¹ “... el modelo aristotélico-tomista... había clasificado la justicia en “general” (o “legal”) y “particular” y había subdividido la justicia particular en distributiva y conmutativa.” FINNIS, John, *Op. Cit.* Pág. 213.

Así lo señaló Juan Pablo II: "... la propiedad de los bienes no es un derecho absoluto, ya que en su naturaleza de derecho humano lleva inscrita la propia limitación... La propiedad privada, por su misma naturaleza, tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes."¹⁴⁰²

Para quien dude de que tiene una exigencia de justicia participar a los otros de lo que es suyo, hay que indicar lo siguiente: sólo en sociedad la persona se realiza. La sociedad no es algo inconexo, destrabado, o compuesto por islotes fortificados de mundos propios. La sociedad es un complejo de relaciones interpersonales en las que las lesiones a uno de sus componentes repercuten en todo el conjunto.

El rico no puede amasar riquezas encerrado en una torreta inexpugnable. Tiene dinero porque vive e interactúa en una sociedad. Si esa sociedad está herida por la desigualdad, el rico seguirá teniendo bienes y oportunidades pero nunca la satisfacción de ser un hombre justo; nunca el portento de ver el brillo del agradecimiento en unos ojos anegados por la tristeza y la impotencia.

La justicia, como se indicó antes, es el fundamento de la paz. Y algo más: es el motor del bien común. Cuando en una sociedad no se respetan las leyes, no se estima su cumplimiento como actos personalizantes, prevalecerá la fuerza, el fraude, la simulación. El darwinismo social. Y, en consecuencia, la ausencia de las condiciones para la realización personal.

5.5.3.5. *El bien común*

El Estado es el primer obligado a realizar el bien común. Al respecto Finnis dice: "Cuando examinamos esta lista nos damos cuenta de a qué equivale la moderna concepción, de tipo "manifiesto" sobre los derechos humanos... Lo que la referencia a los derechos aporta en este esbozo es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término "bien común", a saber, que el bienestar de todos y de cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables de coordinar la vida común."¹⁴⁰³

El bien común es el ambiente propicio para que cada quien pueda ejercer su libertad y realizarse como persona. En palabras de Ortega y Gasset es "*este mundo*", pero necesariamente este mundo amigable, acogedor, pacífico en el que la persona pueda elegir ser mejor, y pueda contribuir a que los demás lo sean. No un mundo teñido por las desgracias, por las guerras, por las injusticias, por el hambre, por la inseguridad y el desempleo. Un mundo así es un calabozo lúgubre, donde no hay futuro ni esperanza. Un jirón putrefacto, tóxico, insalubre, de odios en el que los más son sólo carne de cañón de los menos.

¹⁴⁰² JUAN PABLO II, *Ibidem*, n. 30.

¹⁴⁰³ FINNIS, John, *Op Cit.* Pág. 242-243.

Ningún político, ningún ciudadano, ningún habitante puede darse el lujo del desinterés por el bien común. Todos tenemos la obligación y la responsabilidad de contribuir a la creación de ese ambiente propicio para el desarrollo y realización personal. Pero son los políticos, los que se dedican a la cosa pública, los que debieran tatuarse en su alma la voluntad inquebrantable de promover, proteger y crear continuamente mejores condiciones de vida para el desarrollo y realización de todos y cada uno de los habitantes del Estado. Su profesión es esa. Su misión y vida es inentendible si no se dedican a ello.

“... La necesidad de alguien, o de algún grupo de personas, que resuelva los problemas de coordinación con mayor rapidez y certeza es evidente en cualquier comunidad donde la gente sea enérgica e ingeniosa para buscar su bien propio o bienes comunes... La autoridad (y por ende la responsabilidad de gobernar) en una comunidad ha de ser ejercida por aquellos que de hecho pueden resolver eficazmente los problemas de coordinación para esa comunidad... la autoridad es un bien (porque se necesita para la realización del bien común)... Alguien que usa su oportunidad empírica, o incluso su autoridad jurídicamente reconocida, para promover proyectos totalmente opuestos a la razonabilidad práctica no puede luego pretender razonablemente que ha cumplido con sus responsabilidades de acuerdo con la razón, y puede ser incapaz de justificar su pretensión de haber creado una razón excluyente buena y suficiente que afecte las responsabilidades de aquellos cuyo acatamiento busca o exige.”¹⁴⁰⁴.

La más dolorosa y estructural de las injusticias es la omisión del Estado para crear las condiciones favorables al desarrollo y realización personal de todos y cada uno de los que habitan dentro de su territorio.

La tarea del Estado tiene que ver, pues, con el bien de todo el pueblo, con el desarrollo de cada uno de los habitantes de ese Estado, con la mejora de las condiciones de vida de cuantos lo integran. Lo que, simple y sencillamente, es el bien común. Cuando los representantes de los poderes del Estado, en particular; y los políticos, en general, tengan clara conciencia de su responsabilidad en la conformación de las condiciones sociales, económicas, ecológicas y jurídicas para la realización personal de todos y cada una de las personas pertenecientes a ese Estado, dejarán en segundo plano sus intrigas políticas y palaciegas; sus ambiciones y pretensiones de cargos públicos; sus diferencias ideológicas y resentimientos profesionales; y, por supuesto, sus tentaciones de aprovechar en beneficio propio el poder.

Hay una tentación que el Estado debe desechar: la de desconocer las potencialidades de los grupos intermedios. Éstos son tan necesarios para el bien común y la realización individual de las personas, como lo es también el propio Estado. Por eso, cuando el Estado se arroga todas las facultades para desde arriba hacer, dirigir y dar, lo único que produce es injusticia e involución. Con ello

¹⁴⁰⁴ FINNIS, John, *Op. Cit.*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Pág. 274.

aniquilaría o, en el mejor de los casos, atrofiaría las capacidades creadoras de los individuos y de las sociedades intermedias como la familia, las asociaciones o sociedades, los sindicatos y/o los partidos políticos, las iglesias. En la construcción del bien común, el Estado debe impulsar la participación de todos, y debe encauzar las fuerzas inventivas de los individuos y de grupos intermedios. El Estado, en otras palabras, tiene que ayudar (*“subsidium”*), ser subsidiario, y no ser controlador ni manipulador.

“Respecto a la subsidiariedad se puede considerar que ‘En cualquier caso, la ley civil y el gobierno tienen que desempeñar un papel secundario (o “subsidiario”) en el desarrollo virtuoso de los ciudadanos’.”¹⁴⁰⁵

5.5.3.6. *Los derechos fundamentales*

El respeto a los derechos de la persona se ubica tanto en la justicia conmutativa como en la distributiva. Es la justicia general el género en la clasificación clásica, la que nos exige la actitud constante de dar al otro lo que le es debido en su dimensión personal. Y es exigido porque la razón capta el bien y nos manda a realizarlo, como acto humano personalizante.

Por eso, con fundamento en la ley natural, el derecho es exigible. La ley positiva vigente es la que, debidamente aprobada y promulgada, rige en un Estado mientras no sea derogada. La ley natural, como ya se ha visto antes, es la que es captada por la razón e impone la obligación de realizar el acto humano personalizante. Es la ley que rige el deber ser del hombre. Los derechos “naturales” de la persona tienen su apoyo y fundamento racional, para ser exigibles en esa ley natural. La ley positiva los reconoce, no los crea; y, por supuesto, debe protegerlos. No son, los derechos de la persona, una concesión o una liberalidad del Estado. Es un deber de éste, ante la ley natural, reconocerlos y protegerlos.

Son derechos “naturales” en cuanto exigidos por el bien que capta la razón en la explicitación del primer principio: “hacer el bien y evitar el mal”. “Naturales” no porque estén empaquetados en la naturaleza (esencia) del hombre; no porque sean una “cosa”, un conjunto de partes materiales. Son derechos “naturales” porque el acto racional se topa con la evidencia del “tú”, que es interioridad y que, por lo tanto, posee la misma igualdad que el “yo”. Y que para realizar el “nosotros” debemos no sólo respetarnos sino enriquecernos mutuamente. Que la realización del bien, de la felicidad, de la plenitud del otro es, a la vez, la propia realización. En tal virtud, más que derechos naturales, habría que hablar de “derechos humanos”.

La actualización de esta evidencia racional del otro, con la misma dignidad que yo, haría que no se dieran violaciones a los derechos humanos. Es más, se podría establecer la siguiente regla: a más desconocimiento del otro, menos respeto;

¹⁴⁰⁵ POOLE DERQUI, Diego: *Relación entre razón práctica, justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotélico tomista*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (Ministerio de Justicia, Madrid, 2007), Tomo XXIV. Pág. 439.

mientras más me considere distinto del otro, más distanciamiento con él. Y, por consiguiente, más propicio a despreciarlo y/o menos interesado en que se le respeten sus derechos humanos, si todavía alcanzara a vislumbrar que tiene tales derechos.

La violación de los derechos humanos se da siempre que se ofusca la razón, siempre que falta interioridad y sobran los oropeles de un activismo exterior que sólo flota en lo social. Cuando uno es realmente uno mismo; esto es, cuando uno toma conciencia de sí, no sólo se encuentra con su “yo”, también encuentra a los “otros”. Un “yo” sin relación al “tú” es un sin sentido. Y, por eso, la vida de quienes sólo viven de exterioridades es un sin sentido.

La interioridad de la que estoy hablando no es cerrazón. Quienes prefieren no ver los noticieros para no conocer los hechos desgarradores de muchos hombres en otras partes del mundo, están eludiendo su responsabilidad frente al drama de múltiples y flagrantes violaciones de derechos humanos. La interioridad de la que hablo es la apertura total anclada en la racionalidad. Sin este anclaje se cae en el partidismo, en el rencor de las facciones, en el arrebató de los fanatismos.

Los derechos humanos son, pues, en toda su literalidad “humanos”. Su fundamento está en la ley natural captada por la razón. Son los mismos en todas las personas. No dependen de las circunstancias históricas; no tienen que ver con la condición social, ni con la cultura, ni con el grado de instrucción. Son simple y sencillamente derechos “humanos”.

Los derechos humanos, en esa alteridad que implica la justicia, tienen como sujeto pasivo a todos los individuos, no sólo los habitantes del propio Estado, sino también a cualquier otro ser de naturaleza racional, incluido Dios. Por eso, podemos deducir con el intelecto y constatarlo en la vida, que ese Ser, Inteligencia absoluta, respeta la libertad del hombre y busca que viva y no que muera; odia la guerra porque destruye y viola los derechos fundamentales del ser humano; ama la paz porque sólo en ella el hombre logra su desarrollo personal. Ama la justicia porque es el fundamento de la paz.

Y, por supuesto, todas las criaturas racionales tenemos la obligación, en justicia, de respetar los derechos de las demás personas. Estamos obligados, en primer lugar, por la ley natural; pero también por la ley positiva que los reconoce, busca protegerlos y hasta ha establecido organismos especializados¹⁴⁰⁶ para que los poderes del Estado sean denunciados si los violan, e instancias judiciales para obligarlos a que los respeten y, en caso de violación, hagan el resarcimiento correspondiente¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁶ Comisiones de Derechos Humanos.

¹⁴⁰⁷ El juicio de amparo. Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Existe la concepción de que sólo el Estado, y no los particulares, es el único responsable, el sujeto pasivo, el obligado a respetar los derechos de la persona. Por eso, en nuestro sistema jurídico, el juicio de amparo es el “recurso” que tienen los particulares en contra de actos de autoridad violatorios de los derechos humanos.

Y por eso también la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y la de cada uno de los Estados, conoce de “quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa proveniente de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los de Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.”¹⁴⁰⁸

Pero no es así, la obligación para los particulares de respetar los derechos de la persona, independientemente de la ley natural, también tiene su fundamento en la ley positiva. De ahí que los códigos penales sancionan el homicidio, las lesiones, el genocidio, el abandono de persona, las violaciones al derecho de propiedad, la privación de la libertad, la discriminación, la contaminación del ambiente. Este último en cuanto incide en el derecho de toda persona a vivir en un hábitat apto para su salud¹⁴⁰⁹.

El Estado, sin embargo, en los derechos fundamentales del hombre, es el sujeto pasivo de mayor calaje. Es el deudor más comprometido para con cada individuo; es el principal obligado a hacer, a crear las condiciones para que sea respetada y protegida la vida humana y su desarrollo en un ambiente acogedor y no de temor; en un clima de bienestar social y no de destrucción comunitaria. El más exigido y, a la vez el más interesado en dar para que los que menos tienen se fortalezcan y se realicen.

5.5.3.7. Derechos humanos en particular

Es, por tanto, la justicia general la que toma en cuenta lo que substancialmente le es debido a cada ser humano. Y lo que le es substancialmente debido a cada ser humano es aquello que es propio de su naturaleza racional. No es simplemente conmutativa, porque el sujeto activo no está exigiendo algo que haya dado o algo por lo cual le deban algo. Tampoco es sólo justicia distributiva, porque no sólo el Estado sino todos los seres humanos, independientemente de sus posibilidades y patrimonio, tienen el derecho de respetar al sujeto activo, a la persona, por el hecho de ser. Es pues simplemente justicia porque le es debido el respeto y la constitución de estructuras adecuadas para que la persona pueda desarrollarse plenamente como tal.

Si por naturaleza a todo hombre le pertenece el llevar una vida digna, es, en consecuencia, de justicia, proporcionarle los medios y crearle las circunstancias para

¹⁴⁰⁸ Artículo 102, Apartado B, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴⁰⁹ A través de las acciones colectivas (Artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), se puede, por ejemplo, demandar a un particular por daños al ambiente.

que se desarrolle de esa forma. El bien común no es sino la búsqueda incesante, mediante la realización de acciones concretas y eficaces, del establecimiento de todas esas condiciones favorables para que el hombre tenga oportunidades de un trabajo digno, remunerado adecuadamente –justo– para mantenerse a sí mismo y mantener a su familia¹⁴¹⁰. Lo que implica no sólo la posibilidad de dar a los suyos el sustento material para comer, sino también el uso de una vivienda confortable, el apoyo para una educación y capacitación profesionales, las posibilidades para un descanso saludable, la seguridad de la atención sanitaria en caso de enfermedad y la confianza de una vejez independiente, en la medida de lo posible.

Pero, además, al hombre le es debido por su naturaleza ser apoyado para que pueda cultivarse intelectualmente y ser capaz de entender el mundo en que vive, de conceptualizar las situaciones que le rodean y comprenderlas para colocarse con objetividad ante ellas y no ser absorbido por las mismas. La educación y el desarrollo cultural de la persona la desmaterializan, la hacen ser ella misma, la empoderan ante la irracionalidad de los odios, de los prejuicios y de las injusticias en general.

En la promoción, y no sólo en el respecto, a los derechos humanos, las obligaciones de todos, pero particularmente del Estado, no se agotan en tareas restrictivas para con los integrantes de la sociedad. La justicia exige la promoción educativa, el desarrollo económico¹⁴¹¹, la seguridad social, el orden y la paz social. La intranquilidad de los habitantes de un Estado tiene su origen en la falta de oportunidades para el trabajo remunerado¹⁴¹². Sin un salario que alcance para mantener dignamente a la familia, no puede darse la tranquilidad social. El valor de la familia y la protección a la misma puede convertirse en desesperación si sólo hay cortinas cerradas, dilaciones o respuestas evasivas cuando alguien pretenda emplearse en una actividad que le permita sacar adelante a sus seres queridos¹⁴¹³.

¹⁴¹⁰ El Artículo 123, Apartado A, Fracción VI, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de sus hijos.”

¹⁴¹¹ “...el Estado debe participar tanto directa como indirectamente. Indirectamente, y según el *principio de subsidiaridad*, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente, y según el *principio de solidaridad*, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro.” JUAN PABLO II, *Ibidem*. No. 15.

¹⁴¹² “... el desempleo, el cual es en todo caso un mal, y que, cuando asume ciertas dimensiones, puede convertirse en una verdadera calamidad social” JUAN PABLO II, *Laborem exercens* n. 18.

¹⁴¹³ “El trabajo es, en cierto sentido, una condición para hacer posible la fundación de una familia, ya que ésta exige los medios de subsistencia, que el hombre adquiere normalmente mediante el trabajo” JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, n 10.

El trabajo remunerativo es realizador. Los desempleados viven el *stress* de sentirse desechados. La frustración de no poder ver concretada ni, por lo tanto, valorada su actividad creativa. En la obra del trabajo, la persona se proyecta, enriquece la materia, la humaniza. Y al hacerlo, crece en autoestima y se siente capaz de enriquecer a su familia y a la sociedad en la que vive. El hombre se vuelve más comunicativo, se interrelaciona mejor con sus amistades, se convierte en factor de seguridad en su medio. Por eso el desempleo no es sólo una consecuencia del desaceleramiento o contracción de la actividad económica. Es, sobre todo, un síntoma de injusticia social: un Estado maniatado por sus propias ineficiencias –en muchos casos por sus propias corruptelas- y una minoría de pudientes que huye del peligro, sacando sus inversiones y abandonando a su suerte a los que menos tienen y más necesitan de oportunidades en tiempos de crisis.

Entre las tareas fundamentales del Estado, en razón de los derechos del hombre, se encuentra la de crear las condiciones sociales, económicas y jurídicas para que los particulares inviertan, y mediante estas inversiones se creen puestos de trabajo estables y formales. La ganancia no es un delito ni un pecado. Es un objetivo lícito y plausible¹⁴¹⁴. Es más, es su derecho y el Estado debe garantizar que las inversiones tengan la seguridad jurídica que requieren para ser productivas, para ofrecer campos de oportunidad al capital, para encauzar y facilitar los negocios. Pero los empresarios deben ser conscientes de su responsabilidad social. Sus recursos, sus capitales y sus capacidades emprendedoras no pueden extenderse como tentáculos succionadores de los bienes de la sociedad. Al contrario, deben aromatizar su entorno, apoyando más allá de lo puramente legal a sus trabajadores y a las familias de éstos; deben realizar acciones de protección al ambiente. Deben de retornar a la sociedad parte de los beneficios que ésta les ha dado y promover en ella las actividades culturales, las recreativas, las deportivas, las de capacitación para los trabajos cada vez más cualificadas que requiere el mercado.

Una empresa¹⁴¹⁵ socialmente responsable es la que trabaja proactivamente a favor de la sociedad. No solamente porque dedica parte de sus recursos a objetivos sociales distintos a los empresariales, sino fundamentalmente porque es consciente de que tiene una responsabilidad social que va más allá de lo legal y lo conmutativo. Una responsabilidad de justicia social que la obliga a respetar y ver por el bien y la dignidad de las personas de su comunidad. Es la responsabilidad de “ensuciarse” el

¹⁴¹⁴ “Cuando una empresa da beneficios significa que los factores productivos han sido utilizados adecuadamente y que las correspondientes necesidades humanas han sido satisfechas debidamente. Sin embargo, los beneficios no son el único índice de las condiciones de la empresa. Es posible que los balances económicos sean correctos y que al mismo tiempo los hombres, que constituyen el patrimonio más valioso de la empresa, sean humillados y ofendidos en su dignidad. Además de ser moralmente inadmisibles, esto no puede menos de tener reflejos negativos para el futuro, hasta para la eficiencia económica de la empresa”. JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, n. 35.

¹⁴¹⁵ Lo más correcto sería decir “empresario” ya que es la persona, física o moral, la que organiza el capital y el trabajo. Y esto –(i) organización; (ii) capital; y (iii) trabajo- es la empresa.

traje para sacar adelante a los más necesitados, haciéndose compañero de ellos y solidario con sus preocupaciones y angustias.

En esta racionalidad de su naturaleza, la persona tiene el derecho fundamental de relacionarse con el trascendente. El hombre es un ser religioso. Un ser ligado al Absoluto. Por eso su inagotable ansiedad de búsqueda, de investigación, de respuestas a interrogantes existenciales: ¿por qué existo? ¿Qué destino tengo, si es que hay alguno? ¿Por qué la muerte como aniquilación total de mi ser no puede satisfacerme? ¿Por qué la aspiración a una felicidad completa que no puedo experimentar en vida? ¿Qué sentido y razón tendría mi existencia si la nada fuera el término de la misma? El Estado, aunque lo intentara con todos los recursos de su poder, no podría extirpar nunca el ansia de infinito de la persona humana. Sería como ponerse el objetivo imposible de cambiarle su naturaleza. Por eso, el derecho a la religiosidad es un derecho absoluto, que no puede ser limitado bajo ninguna circunstancia.

5.6. DIVERSIDAD CULTURAL

Por naturaleza todos los hombres somos iguales. Y todos, por el hecho de serlo, tenemos los mismos derechos inalienables. Sin embargo, la igualdad en cuanto a naturaleza¹⁴¹⁶ y, consecuentemente, en cuanto a derechos, no significa que todos tengamos las mismas habilidades y destrezas.

La cultura sería uniforme y no multifacética si todos fueran músicos; si no hubiera pintores; si algunos no desarrollaran sus destrezas para las artes plásticas; si todos fueran intelectuales y no pocos se dedicaran al deporte o al teatro o a la política o a las artesanías o manufacturas. Lo monocromático sería lo general. Y, sin embargo, es lo contrario. Todas las culturas, y la actual, en la que participamos y de la que nos aprovechamos, es poliédrica, con innumerables trazos, con incontables proyectos, con inagotables posibilidades.

En la teoría finnisiana, la diversidad cultural se atribuye a la opción de vida que cada persona hace en relación con alguno de los bienes básicos. El que opta por el conocimiento abstracto o por la ciencia, estará “condicionado” por esa opción y no ejecutará actos que lo puedan distraer substancialmente de su objetivo, como por ejemplo, actividades que le impidan dejar de estudiar los artículos científicos que día a día se van publicando, o dejar de investigar lo que otros acaban de descubrir y presentan en congresos o en libros especializados.

Ortega y Gasset, en su perspectiva vitalista, se expresaba así: “La vida, que es, ante todo, lo que podemos ser, vida posible, es también, y por lo mismo, decidir entre las posibilidades lo que en efecto vamos a ser. Circunstancia y decisión son los dos elementos radicales de que se compone la vida. La circunstancias – las

¹⁴¹⁶ “Naturaleza” entendida –ya se ha quedado indicado antes- como la esencia operativa del ser humano. Es decir su actividad racional. No tomamos aquí el término “naturaleza” como el sustrato físico, material de las cosas, ni como el conjunto de bienes del mundo.

posibilidades- es lo que de nuestra vida nos es dado e impuesto. Ello constituye lo que llamamos el mundo. La vida no elige su mundo, sino que vivir es encontrarse desde luego en un mundo determinado e incanjeable: en éste de ahora. Nuestro mundo es la dimensión de fatalidad que integra nuestra vida. Pero esta fatalidad vital no se parece a la mecánica. No somos disparados sobre la existencia como la bala de un fusil, cuya trayectoria está absolutamente determinada. La fatalidad es que caemos al caer en este mundo —el mundo es siempre *éste*, éste de ahora- consiste en todo lo contrario. En vez de imponernos una trayectoria, nos impone varias, y, consecuentemente, nos fuerza... a elegir. ¡Sorprendente condición la de nuestra vida! Vivir es sentirse *fatalmente* forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo.”¹⁴¹⁷

La opción de vida se toma normalmente en base a las aptitudes que cada cual tiene. Y, a su vez estas aptitudes se van fortaleciendo con los actos que se realizan en función de tal opción de vida. Pero el hecho de que, como personas, tengamos diversas aptitudes, no significa que seamos, como ya quedó indicado, diferentes por naturaleza. O que unos sean más porque la opinión considera que su status económico o profesional es más estimado que el de otros. Todos, por el hecho de ser personas, tenemos la misma dignidad y nos debemos el respeto y la consideración de ser tratados justamente como seres racionales.

5.7. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Para terminar es pertinente dar una respuesta, con los elementos antedichos, a la pregunta ¿qué es el derecho? Una respuesta completa, incluyente y que no sólo refleje la realidad de las leyes positivas, tendría que ir por los siguientes derroteros: (i) que considere la racionalidad, porque toda norma es un imperativo de la razón práctica; y (ii) que establezca la obligación y que el entendimiento encuentre en ella la razón de ser un acto humano personalizante. No se requiere más para definir el derecho; el derecho natural que no es distinto ni distante del derecho positivo. Éste, lo único que hace es “poner”, positivar, mediante conclusiones y/o especificaciones la ley natural.

Y porque (i) no todos los hombres están siempre actuantes en su conciencia para realizar la justicia; y (ii) porque en las relaciones interpersonales siempre surgen problemas de coordinación, se requiere una autoridad, que fije las soluciones a esos problemas y que impida cualquier excusa en relación al conocimiento de qué comportamiento seguir para no provocar problemas de coordinación.

En virtud de lo anterior, el derecho positivo, además de los dos elementos indicados en el párrafo primero de este apartado, debe contener también el elemento referente a la positividad. En consecuencia, la definición del derecho positivo sería: el conjunto de leyes que formulan una obligación moral general, por vía de conclusión y/o especificación, realizada —dicha formulación— por la autoridad

¹⁴¹⁷ ORTEGA Y GASSET, José: *La Rebelión de las Masas*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid 1981, pág. 93.

competente con la finalidad de resolver problemas de coordinación en una comunidad completa.

Con la anterior definición estoy diciendo: (i) que la formulación es racional: deriva del derecho natural que sólo puede ser aprehendido por la razón; (ii) que es una formulación expresa de una obligación: por lo tanto, proporciona seguridad jurídica; (iii) que es general: por lo tanto, no tiene por qué implicar aspectos privados, individuales o estrictamente personales; (iv) que es realizada por autoridad competente: no sería derecho la norma dictada por el padre de familia, o por el líder de un grupo empresarial, o por el jefe de una banda delincuencial; y (v) que tiene por objeto la justicia: al dar una solución adecuada a un problema de coordinación.

Afirmo que el derecho positivo es derecho moral. Y, por lo tanto, que no hay dos órdenes jurídicos: uno el natural y otro el positivo que corren por vías separadas. Afirmo también que el derecho moral no se agota en el derecho natural. Por consiguiente, la persona tiene obligaciones más allá de lo puramente positivo; y, consecuentemente, los deberes de justicia traspasan las fronteras de lo puramente legal. Afirmo también que el derecho positivo es necesario para la vida en sociedad; y que ésta es necesaria para la realización de la persona. Y que, no obstante ello, el derecho positivo es insuficiente, limitado y falible, por lo que el hombre, para humanizarse (realizarse como persona) debe actuar más con base en la ley moral (ley natural). Finalmente, afirmo que la sanción en el derecho positivo no es un elemento esencial; sí es un modo de hacer efectivo el cumplimiento de la ley, pero no es algo que determine la esencia de la misma.

CONCLUSIONES

Los cursos de Introducción al Estudio del Derecho han estado en escuelas y facultades universitarias de México, durante ya muchas décadas, imbuidos de un espíritu positivista. Esa primera presentación de lo que es el derecho es la marca con la que salimos la mayoría de los abogados y/o licenciados en derecho. Pensar que el derecho y la moral son dos sistemas normativos que no tienen nada que ver entre sí, y que nuestra práctica profesional tiene por objeto sólo las normas positivas es lo más común en el medio de los profesionales del derecho. Es más, salvo por una sola asignatura, filosofía del derecho, casi todos los programas académicos están centrados y concentrados en las leyes vigentes.

Finnis no sólo acepta esta realidad, sino que la toma como punto de partida para la elaboración de su teoría iusnaturalista. Teoría que sostiene y defiende el valor y las potencialidades del derecho positivo.

Después de lo tratado en los capítulos precedentes, ¿qué podría concluir respecto a la teoría de John Finnis? Los puntos que a continuación enuncio no son quizás los más agudos y perspicaces que pudieran darse al respecto. Pero son los que el estudio de *Natural Law and Natural Rights* me han provocado y cuestionado. Y creo que eso puede aportar una muy limitada perspectiva, pero tal vez conveniente, para seguir profundizando en el pensamiento de John Finnis.

1.- La teoría finnisiana es totalmente moral. Finnis diría que es totalmente racional, dados los prejuicios que se tienen al término “moral”. El derecho es, en la concepción de Finnis, moral. Esto es, una exigencia racional que conforma el bien común, condición *sine qua non* de la realización de la persona humana. Finnis no indica cuál debe ser el contenido de las normas positivas. Y mucho menos se desgasta en proponer una moral con prevalencia de otra, porque simplemente para Finnis no existen diversas morales. Sólo existe la razonabilidad práctica que es la misma en todos los hombres y en todas las épocas y circunstancias históricas. Lo que se llama “moral” con el sentido de que es lo que prevalece en la sociedad puede coincidir o no con la razonabilidad práctica. Si es lo último, entonces no es moral para los efectos de la concepción finnisiana. Si coincide, entonces es moral, pero no por la connotación que se le da (lo que prevalece en la opinión), sino por la concordancia que tiene con la razón.

En tal sentido, Finnis no indica cuál es el contenido que deben tener las normas jurídicas. Sólo establece que deben ser disposiciones que impliquen una solución a un problema de coordinación en una sociedad para el efecto de preservar y/o enriquecer el bien común. Las soluciones pueden ser variadas, y la más adecuada en una sociedad pueden no serlo en otra. Por tanto, las situaciones peculiares, históricas, culturales, son necesarias para elaborar leyes positivas correctas.

Los positivistas puros dirían que es una tremenda injuria calificar de correctas o incorrectas a las leyes jurídicas. Éstas simplemente, si las emana el órgano

autorizado para ello, son leyes y punto. Sin embargo, la teoría finnisiana, al afirmar que las leyes positivas lo son en cuanto contienen una razón para el bien común, y, consecuentemente, para la realización personal, pueden sin ningún rubor, ser calificadas de correctas o incorrectas.

El derecho (leyes) positivo es moral, porque necesariamente debe ser racional. Por consiguiente, toda norma jurídica que no tenga como objeto la justicia (el bien de los individuos en una sociedad, de acuerdo a lo que cada uno necesita para su realización personal), no es, en sentido pleno, ley.

Los profesionales del derecho tenemos la concepción de que si permitimos la introducción de la moral en el derecho, éste pierde certeza. Y, entonces, los problemas se vuelven contra el mismo sistema jurídico y, en definitiva, contra la estabilidad de la misma sociedad. Pero esto lo creemos porque tenemos en mente una concepción de la moral que no es la que defiende Finnis. La idea de moral común se refiere a aquello que en cada momento y/o circunstancia histórica se considera como bueno para hacer. Y que hay tantas concepciones de ese bien como culturas, situaciones históricas y hasta modas existan. Y que lo que es bueno para unos es malo para otros. Por lo que un sistema jurídico que permitiese incorporar esos conceptos de bien o mal estaría destinado a perder toda seguridad y, por tanto, toda credibilidad en su función de mantener la paz social.

Finnis también rechaza la introducción de este concepto de moral en el derecho positivo. Lo excluye, porque para él sólo es moral lo que es racional. Y lo racional no admite, en principio, diversidad de criterios. Es verdad que la realidad nos muestra que hay diversas concepciones del bien. Pero ello se debe, en la mayoría de los casos, a motivaciones no racionales: ofuscación de la inteligencia, ambición de poder, acomodo a los sentimientos y respuestas a los estímulos del mercado, etc.

2.- La ley positiva es el analogado principal. Finnis, al partir su estudio de lo que la gente señala como ley, y analizando dicha ley desde “el punto de vista interno” (el de que asume el sometimiento a esas leyes), cuando se refiere a la ley positiva, determina que ésta reúne todo lo que tiene que tener esa realidad de cuya esencia se dice propiamente que es “ley”. Los elementos que conforman la esencia de la “ley” son: (i) disposición autoritativa; (ii) emanada de un órgano con facultades para hacerlo; (iii) con el fin de resolver un problema de coordinación entre los miembros de una sociedad completa; y (iv) en vista del bien común.

No obstante que la ley positiva sea el analogado principal, Finnis acepta, en los mismos elementos que determina para ésta, que la ley sólo lo es en cuanto preserve o favorezca el bien común. La introducción de este elemento en la definición de la ley positiva, conduce necesariamente al fundamento de la misma en el derecho natural. La ley, si ha de ser tal, debe procurar la justicia, porque sin ésta, el bien común no puede realizarse. Y si ha de procurar la justicia, la ley positiva ha de actualizar, de alguna forma, sea vía conclusión, sea vía determinación, lo que la ley natural tiene establecido.

En consecuencia, si la ley positiva no puede ser ley, en sentido pleno, sin la relación y fundamentación en el derecho natural, entonces, podríamos decir que desde una perspectiva gnoseológica, la ley positiva es el analogado principal; mas desde una perspectiva metafísica, la ley natural tiene esta principalidad. Esto es, la ley por antonomasia es la ley natural. Esta ley natural es la que está participada, de algún modo, en la ley positiva. Por lo tanto, al tener una participación la ley jurídica de la ley natural, necesariamente es un analogado de la segunda.

Esta conclusión no la señala Finnis. Al contrario, expresamente indica que la ley natural es analogado secundario de la ley positiva. A mi entender, como ya dije antes, es al revés. Y creo que las premisas puestas por Finnis tendría que llevar a la conclusión que yo he sacado.

3.- Finnis no habla de un legislador universal a cuyas disposiciones normativas (ley eterna) toda la naturaleza está sujeta. Finnis, en un proceso que comienza en lo inmediato (en la ley positiva), analiza su necesidad y su razón de ser, para llegar, en última instancia, y sólo a través de la razón, a establecer que necesariamente debe existir un ser incausado que causa todo lo que existe. En esta totalidad de la existencia se dan conjuntos de situaciones de juego, que a su vez son causados por otro conjunto de situaciones que necesariamente han de ser también de juego para que puedan causar el juego. En las relaciones de juego, la única finalidad es la relación en sí misma en que las partes, sujetándose a las reglas del mismo, lo disfruten; y si tal relación sólo se puede dar entre seres inteligentes, puede presumirse que ese ser incausado, origen de todas las demás situaciones, o conjunto de cosas, incluido el conjunto de situaciones de juego, sea también inteligente.

Cuando la teoría finnisiana excluye hablar de Dios como el Legislador de la naturaleza, lo que está haciendo es evitar el malentendido que muchos positivistas tienen: que el iusnaturalismo simplifica las cuestiones del derecho, reduciendo todo a la ley natural, que no es otra cosa, como dice Tomás de Aquina, que la participación, en la naturaleza, de la ley eterna.

4.- Finnis, como ya quedó indicado, parte de la misma perspectiva que los positivistas, pero llega más allá de donde ellos se paran: la ley positiva es una participación de la ley racional, esto es de la ley moral o natural. No en el sentido de que el “deber” de la ley jurídica se haga derivar del “es” de la ley natural, que es el abismo no-lógico al que los positivistas, con razón, se niegan a lanzarse. Sino en el sentido de que el “deber” surge de manera inmediata –y lógica- de la captación del bien expresado, por la razón práctica, en forma de imperativo para ser hecho ya, de forma inmediata, en este momento y en esta situación concreta.

Es decir, Finnis no habla de que exista un *set* de disposiciones normativas naturales, o un código con las leyes naturales, las cuales determinen el contenido de las leyes positivas. Lo que Finnis afirma es que del análisis de estas últimas se llega a determinar que su razón de ser es por el bien común, y que éste sólo es entendible en función de las personas; y que en la esencia de las personas está realizarse como tal; y que la realización personal se da en función de lo que les es propio. Y aquello que es propio a la persona es su razón. Y que la operación de la razón es la

aprehensión de la verdad (y del bien), formulando, la razón práctica, el imperativo para realizarlo. La aprehensión sin la realización sería un sin sentido. Sólo en la realización se entiende y se explica el actuar racional de la persona.

Por eso, la teoría finnisiana no establece una “recepción” del derecho natural, como si la norma positiva fuera el continente y la ley natural el contenido. Esto es, una recepción externa, desde fuera, hasta cierto punto manipulable. Más que “recepción”, lo que Finnis postula es la elaboración de la ley positiva para el bien común. El legislador no tiene por qué tener a la vista, ni como instrumento para extraer o formular la ley positiva, el contenido de la moral; lo que tiene que tener presente y estar ocupado y preocupado en ello, es la forma adecuada de solucionar, mediante una orientación autoritativa, un problema de coordinación, porque con ello se favorecerá el bien común. Cumpliendo con ello, es casi matemáticamente predecible que la norma positiva habrá hecho una concreción y/o determinación de las exigencias de la racionalidad, que, para Finnis, dichas exigencias son la ley natural.

Si los que siguen la tradición del iusnaturalismo dicen que el derecho positivo es una derivación del derecho natural, Finnis tiene un gran cuidado es repetir exactamente eso. Porque entiende que esa derivación se ha concebido como si se extrajera, simplemente, la norma positiva, de la ley natural, ya existente y plenamente definida con anterioridad. Y, como, hemos visto, el sistema estructurado por Finnis es inverso: primero se da el problema de coordinación y luego la solución. Sólo que esa solución al ver por el bien común, necesariamente será racional, y al serlo estará ajustándose a las exigencias de la razonabilidad, que no es otra cosa que la ley natural o moral.

Por lo que a Finnis ni siquiera le es necesario aclarar o precisar que no se trata de dos órdenes normativos que corren por vías paralelas: el orden de la ley natural y el orden del derecho positivo. Para él es evidente que hay un orden normativo positivo en función del bien común, y, por lo tanto, racional. Y, en cuanto tal, acorde y hecho uno con ese orden normativo racional, si bien con especificaciones propias, como el ser dictado por autoridad competente y la inclusión de una sanción física o patrimonial.

5.- La teoría finnisina se distingue de otras teorías iusnaturalistas porque no afirma que el criterio de la bondad de las acciones esté en correlación con la naturaleza: es bueno porque es de acuerdo a la naturaleza del hombre. Sino que afirma que lo que es bueno lo es porque es racional. Y aunque en el fondo es lo mismo, dado que la naturaleza del hombre es una naturaleza racional, el matiz es importante y relevante. Si se habla de “naturaleza” como criterio para discernir el bien del mal, se da pie a los positivistas de tachar al iusnaturalismo de ilógico por partir de un análisis metafísico –del es- y concluir con una consecuencia de obligatoriedad –del deber.

Si, por el contrario, como lo hace Finnis, se afirma que lo bueno lo es porque es racional, y que la razón es la que aprehende la verdad-bien, y que la misma razón, en su aspecto práctico, impulsa mediante el imperativo (racional) a la realización de

ese bien, no puede existir motivo para la objeción humeana, ni tampoco presenta la teoría finnisiana un blanco para señalar la preexistencia de toda una legislación natural que rijan y determine los destinos del derecho positivo.

6.- Los derechos humanos. Finnis, en congruencia con lo tratado en su teoría, los considera exigencias de la razonabilidad. Por tanto, no exigencias soportadas sólo por una ley positiva (derecho subjetivo). Éstas reconocen mas no crean los derechos fundamentales o derechos naturales del hombre.

Contra la tendencia a subrayar el “derecho”, Finnis insiste en que algunos de los derechos naturales están sujetos a limitaciones en su ejercicio. Y toma como ejemplo lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948. Las limitaciones ahí indicadas son en función: (i) de la libertad de los demás; (ii) salvaguardar la moral; (iii) salvaguardar el orden público; y (iv) salvaguardar el bienestar de la sociedad.

La inquietud de fundamentar los derechos humanos en algo más que en una disposición jurídica es un aspecto que los mismos positivistas padecen. Si el derecho no tuviera nada que ver con la moral (con la ley natural), entonces estos derechos inalienables y absolutos, serían cambiantes, y las declaraciones universales de los mismos, letra muerta. Si la cultura occidental es su fuente, por qué tendrían que respetarse esos derechos en África o los países del lejano oriente. Ahí su contexto histórico y cultural es distinto, y, por tanto, seguramente la concepción de la libertad y de los derechos, diferente. Como dice el profesor indio, Amartya Kumar Sen “La empresa y el mercado, al igual que la defensa de los derechos humanos bien puede ser percibida fuera del mundo occidental como una agresión cultural a otros mundos y civilizaciones, o como un camuflaje ideológico del proceso orquestado a nivel mundial por la multinacionales.”¹⁴¹⁸

Sin embargo, ni siquiera la tradición ancestral y cuasi religiosa de la ablación del clítoris en no pocos países africanos, deja de impresionar y doler, no sólo a los occidentales, sino también a muchos habitantes de esos mismos países en donde se practica.

El Apartheid en Sudáfrica fue condenado por los países occidentales. Durante más de cuarenta años (1948-1994), todo el mundo, independientemente de su cultura o de su raza, consideró denigrante la segregación racial, y condenable. La presión externa y, sobre todo interna (Nelson Mandela) hicieron que se eliminara ese sistema irracional. No puede pensarse, con este hecho histórico, que los derechos naturales de la persona sólo están sostenidos en la legislación positiva de los países occidentales, y que no tienen nada que ver con la moral, o como dice Finnis, con la racionalidad.

¹⁴¹⁸ SEN, Amartya Kumar: *Democracia y desarrollo. Derechos del Hombre y diferencias culturales*, en Anuario de Derechos Humanos (universidad Complutense, Madrid, 2000, Nueva Época, Vol. I (Traducción y notas de José Iturmendi Morales). Pág. 373.

Sin la racionalidad y las exigencias de ésta, los derechos humanos carecerían de sustento. Y los grupos en el poder podrían arrogarse el determinar qué derechos fundamentales considerar como tales y cuáles desterrar.

Igualmente, sin la fundamentación en la racionalidad, en la moral, los derechos naturales serían exigencias “irracionales” si el titular de los mismos los reclamara en forma absoluta, aun a costa de violentar los derechos de los demás, del orden social, de la moral y del bien común. Es decir, Finnis insiste, a mi modo de ver de forma correcta, en que hay algunos derechos naturales que necesariamente, dependiendo de las circunstancias, no pueden ser ejercidos en forma absoluta porque ello quebrantaría el orden social, y finalmente, el bien común. Y esto es acorde con las exigencias de la razón. La demanda de ejercer de forma absoluta la libertad necesariamente tiene que compaginarse con los derechos de los demás a ejercer también su libertad. Incluso la libertad de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, tiene que respetar el derecho del concebido.

Si la visión sobre los derechos humanos es la puramente subjetiva. Es decir, la de ostentarse como titular de derechos, pero no de deberes, entonces se pone en riesgo la paz y el orden social. Y los derechos naturales en lugar de ser lo que son, se convierten en instrumentos de reivindicaciones para conseguir poder, para sobreponerse a otros, para cooptar seguidores, para linchar a los enemigos.

La visión de los derechos humanos, por lo tanto, debe ser racional y social. Sólo así se podrá lograr el respeto y el pleno ejercicio de los mismos por todos los miembros de la sociedad. Y sólo en el ejercicio racional de esos derechos, la persona se enriquece y logra su realización, que es, al final de cuentas, lo que la teoría finnisiana señala como razón de ser del derecho.

7.- En la lista de bienes básicos, Finnis incluye la Razonabilidad práctica, y después desarrolla las exigencias de esa Razonabilidad práctica. Sin embargo, la Razonabilidad práctica interviene en todas las otras formas básicas, o, en palabras de Finnis “... el bien de la razonabilidad práctica, en el que se participa precisamente dando forma a la propia participación en los otros bienes básicos, orientando los propios compromisos, la propia selección de proyectos, y lo que uno hace al llevarlos a cabo”.¹⁴¹⁹

A mi entender, lo anterior necesariamente hace que la razonabilidad práctica sea de una naturaleza o esencia distinta de las demás formas básicas de bien, como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad (amistad) y la religión. Si estas seis formas básicas pueden, cada una, ser objeto de una opción de vida, en la que la persona concentre sus decisiones de manera coherente, la razonabilidad práctica no tiene esta cualidad. No puede una persona optar por la razonabilidad práctica en base a la cual conformar su proyecto de vida. Más bien, como el propio Finnis lo dice, la razonabilidad práctica es la forma que hay que tener en cuenta en todas las decisiones y en la conformación del proyecto coherente

¹⁴¹⁹ FINNIS, John: pág. 132

de vida; por eso, participa en la realización de cada uno de los otros seis bienes básicos.

Por otro lado, las formas básicas de bien son evidentes; no requieren de un ulterior supuesto o premisa. Se manifiestan de inmediato a la razón. La razonabilidad práctica, en cambio, es la operación con la cual la razón impulsa a la realización del bien (de las formas básicas y de todos aquellos bienes relacionados con las mismas que integran el proyecto coherente de vida). Esta operación de la razón se hace manifiesta en la misma operación racional. Pero más que encontrarse la razón con una evidencia, como en las otras formas básicas de bien, la misma razón es objeto de su operación; es propiamente lo que se quiere saber, como algo que se busca, y no simplemente como algo con lo que la inteligencia se “topa” como evidencia, que no hay lugar a duda o a inquisición ulterior.

En base a lo anterior, me parece que la Razonabilidad práctica, más que un forma de bien básico es “el instrumento” y la clave para la realización adecuada de las formas básicas.

8.- La teoría finnisiana no resta certeza ni demerita al sistema normativo jurídico. El temor que su carácter iusnaturalista pueda originar en los positivos, es del todo infundado. Finnis afirma contundentemente en valor de las leyes positivas como soluciones a problemas de coordinación, pero también como indicaciones para todos los sujetos a ella de las conductas que deben observar en aras del bien común. Finnis, en este sentido, es uno de los defensores más prominentes del positivismo.

El derecho natural no es suficiente, ni siquiera en una sociedad de mujeres y hombres virtuosos y santos. Siempre habrá necesidad de dar soluciones a problemas de coordinación, precisamente porque donde los miembros de una comunidad son más activos, más probabilidades de que se den dichos problemas. Pero incluso en el supuesto de que por virtud o espontaneidad se resolvieran esos problemas, las leyes positivas seguirían siendo necesarias como indicativas de las conductas a seguir, pues, es imposible que todos y en todo momento sepan con exactitud cómo comportarse ante un hecho o situación creada por la misma interrelación social. Por ejemplo, hasta cuánto tendría que recompensar o indemnizar el conductor que culposamente atropelló a una anciana, o a una persona de mediana edad o a un niño. Por muy santos y virtuosos que fueran los miembros de esa sociedad, siempre tendrían espacio para la opinión, y difícilmente coincidirían en la cantidad “justa” de una indemnización. Máxime cuando el conductor posiblemente no tenga recursos, sea un simple obrero que vive al día y que, además, parte de la falta de cuidado que tuvo se debió a que acababa de dejar a su mujer en el hospital en estado grave, y estaba invadido por la preocupación y el dolor.

Si incluso en las sociedades de hombres virtuosos y santos, las leyes son necesarias, más cuando la sociedad no se caracteriza por tener muchos hombres y mujeres con esas características. La mayoría vivimos ocupados y preocupados por el trabajo, por el sostenimiento de la familia, por mejorar nuestra situación económica. No; no somos santos, desligados de los bienes materiales. Tampoco somos materialistas en el sentido que creamos que sólo lo material es lo real y lo que

mueve al mundo. Pero si no contamos todavía con una solución para las necesidades de la vida presente, y para sobrevivir en el futuro, cuando ya no tengamos fuerzas para el trabajo y las enfermedades se adueñen de nuestro cuerpo, tenemos necesidad y lógicamente que estar ocupados en lo material.

El apóstol Santiago escribía que de nada sirve que le digamos a una persona que necesita alimento y vestido ‘anda con Dios; que te vaya bien; que puedas comer y vestirte’, si no le damos esa comida y vestido que necesita.¹⁴²⁰ En otras palabras, una iglesia que exija la práctica religiosa sin ayudar a solucionar los problemas inmediatos que sufren la mayoría de las familias, no ha comprendido ni entendido su misión. Lo mismo, un teórico del derecho que sólo “confíase” en la estructura lógica de su teoría de las leyes racionales, sin tomar en cuenta el mundo real en el que se aplican las normas, estaría fuera de contexto, y su trabajo intelectual no aportaría gran qué a las soluciones que requieren los hombres que viven el día a día, con toda su carga de preocupaciones y problemas inmediatos.

9.- *Natural Law and Natural Rights* es un libro cuyos primeros capítulos se hacen difíciles, a veces casi infranqueable en sus posiciones y razonamientos. Estamos acostumbrados a las diferencias y clasificaciones entre derecho y moral. Los textos más usados nos hablan poco de la moral, porque consideran que no es materia para tratar en la carrera de derecho, aun cuando en algunos planes de estudio se contemple una materia como la “Deontología jurídica”. Materia que por cierto, nunca tiene la relevancia ni la importancia que presentan las otras asignaturas de leyes.

Sin embargo, Finnis comienza su obra entrando de lleno a lo que es la moral y blandiendo argumentos en contra de las concepciones relativistas y utilitaristas. Y además, usando la metodología del análisis del lenguaje, que, para los legos, no resulta nada cómoda. Finnis sabía muy bien a quién dirigía su obra, y no trató de hacer un texto divulgativo. Es más, se dice que el número de ejemplares vendidos de *Natural Law and Natural Rights* no supera los veinticinco mil a nivel mundial. Es un libro indudablemente para especialistas. Incluso su estilo fuerte, robustamente argumentativo, lleno de indicaciones sobre ideas, pensadores, objeciones, presupone un bagaje cultural no propio de la mayoría. Mi experiencia fue que tuve que leer cuatro veces *Natural Law and Natural Rights*, y usar ilimitadamente el *google* para encajar en el contexto de las referencias y/o explicaciones tratadas por Finnis.

Comparado con su *Aquinas*, éste último es un libro que se lee con fruición desde la primera página, entendiendo la exposición que hace Finnis de las concepciones tomistas sobre la ley eterna, ley natural, ley positiva, ley injusta, la justicia, el estado. Es un estilo pedagógico, sencillo, ilustrativo. No tiene aquí Finnis la presión de desarticular las objeciones de sus colegas, o las teorías de los juristas

¹⁴²⁰ Santiago 2, 14-15. Textualmente dice: “¿De qué sirve, Hermanos míos, que alguien diga ‘Tengo fe’, si no tiene obras? Acaso podrá salvarle la fe. Si un Hermano o una Hermana están desnudos y carecen del sustento diario, y alguno de vosotros le dice: ‘Idos en paz; calentaos y hartaos’, pero no les dais lo necesario para el cuerpo, ¿de qué sirve?.”

renombrados de otras Universidades prestigiosas del mundo anglosajón. Parece que goza mostrando la riqueza de la teoría tomista, y también los puntos que originaron discusiones y desviaciones entre los mismos escolásticos. Fluye como el agua en un arroyo claro y sin mayores obstáculos.

No así *Natural Law and Natural Rights*, como ya lo he indicado. Por eso, creo que sería una enorme contribución para la formación de los futuros profesionistas del derecho, que el mismo Finnis o un experto conocedor de su teoría hiciera la versión de ésta para libro de texto, y, si se me permite, hasta para divulgación entre el gran público en general.

10.- De *Natural Law and Natural Rights* se pueden deducir muchas cuestiones prácticas y trascendentes para la vida en sociedad y para la conducta que se ha de seguir. La teoría finnisiana puede responder con base y argumentos sólidos a las cuestiones que nos asaltan a diario en nuestro vivir: ¿por qué la polémica del aborto, de la eutanasia, de las relaciones prematrimoniales, del matrimonio homosexual? ¿Por qué o hasta dónde la manipulación genética, la aplicación de la robótica en el campo de las armas de destrucción, el uso indiscriminado de la información en las redes sociales? ¿Por qué o hasta dónde la invasión de la privacidad sea por cuestiones de seguridad nacional, sea por la intromisión morbosa permitida por las herramientas tecnológicas? ¿Cómo conseguir un mundo menos desigual? ¿Qué hacer ante tanta violencia? ¿Podría la legalización de las drogas realmente ser una solución o crearía más problemas? ¿Cómo es posible que a pesar del ingente número de aprehensiones por tráfico de estupefacientes, tráfico de personas y/o tráfico de armas, sigan operando a escala mundial y de manera desafiante estos mercados?

No es que Finnis y su teoría sean una especie de deidad para dar una respuesta completa y aceptable en todos los aspectos a estas preguntas. Pero seguramente que sí darán la estructura para afrontarlas y discutir propuestas de solución con argumentos sólidos.

En concreto y como punto final, diría que en la enseñanza del derecho se formaría mejor a los futuros profesionales del mismo, exponiendo más de lo que se ha dado en llamar las Nuevas Teorías de la Ley Natural (NTNL), que siguiendo el curso de lo dicho por Kelsen. Entre los teóricos del derecho, pares de Finnis, Kelsen y su teoría han quedado completamente revasados. La nueva visión del derecho, incluso desde una perspectiva estrictamente positivista, ya no es la del formalismo que tiene como denominador común del derecho, la sanción.

Sin embargo, entre los docentes del derecho, me refiero a México, Kelsen sigue siendo el referente principal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAZZI, Evandro: *¿Por qué tienen derechos humanos los seres humanos?*, en Moral y Derecho, Ed. Poder Judicial Federal y Universidad Autónoma Metropolitana, 1ª reimpresión, México 2011.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. En *Jueces y Derecho, problemas contemporáneos*, Compiladores Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez, Ed. Porrúa, 2ª, México, 2008.
- ARIAS, Inocencio F. y CELADA, Eva, *La trastienda de la diplomacia*, Ed. Plaza & Janés, Barcelona, 2010.
- BALLESTEROS, Jesús: *Ecologismo Personalista*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BIX H., Brian: *Radbruch's formula and conceptual analysis*. University of Minnesota, Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 12-13.
- BLAKE, Nathanael: *Natural Law and History: Challenging the Legalism of John Finnis*, publicado en Humanitas, de la Universidad Católica Americana <http://www.nhinet.org/blake24-1.pdf> (15 nov 2014)
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*. Ed. Fontamara, 2ª, México, 1992.
- BONFANTE, Pietro: *Lezioni di filosofia del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano 1986.
- BRADSHAW, Gillian *Ciudadano del imperio*; Ediciones B, 1ª, Barcelona 2005.
- BROWN, Dan: *Inferno*. Ed. Doubleday, Estados Unidos de América, 2013.
- BUDSISZEWSKI, J.: *Written on the heart, The case for natural law*, Ed. InterVarsity Press, Illinois, USA, 1997.
- BUENO OCHOA, Luis: *¿Es un mito la naturaleza humana?*, en Id. (Coord): *Ismos y política. Diálogos con Dalmacio Negro*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2013.
- CARABANTE MUNTADA, José María: *El derecho: ¿Objeto tecnificado o medio de tecnificación?*, en "Persona y Derecho", No. 52 (2010).
- CASTRO, Juventino V.: *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley injusta, Un fallo histórico respecto al llamado "anatocismo"*, Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª, 2001.

CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA. Asociación de editores del catecismo. Madrid 1992.

CAUDET YARZA, Francisco: *Prólogo a Sófocles*, Ed. Obras Selectas, Madrid.

CLARK Christopher: *Iron Kingdom. The Rise and Downfall of Prusia 1600-1947*, Penguin e-Books, 2006.

CLIFFORD L, Pannam: *El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho; año 6, número 12, 2008, Págs. 67-98. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/el-profesor-hart-y-la-filosofia-analitica-del-derecho.pdf

COPLESTON, Frederick: *Historia de la Filosofía*, Volumen IV, Del Utilitarismo al Existencialismo. Tomo VIII y IX. Traducción de Victoria Camps y José Manuel García de la Mora. Editorial Ariel-Planeta, Barcelona, 2011.

DE FINANCE, Joseph, *Saggio sull'agire umano*, Librería Editrice Vaticana, 1992.

DE LA BARREDA, Luis: *¿Culpable?*, Ed. Grijalbo. México.

FARALLI, Carla: *La filosofía del derecho contemporánea*; Hispania Libros-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2007. Traducción de José Iturmendi Morales, María José Falcón y Tella, y Juan Antonio Martínez Muñoz.

FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*; Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Traducción de Cristóbal Orrego S.

FINNIS, John: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Ed. Oxford University Press, 1998.

FINNIS, John: *What is the philosophy of law?* Rivista di Filosofia del Diritto 1 (2012) 67-78 Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12-67. <http://winst.org/wp-content/uploads/Finnis-What-is-the-Philosophy-of-Law.pdf> (22 febrero 2014).

FINNIS, John: *On the Incoherence of Legal Positivism*. Notre Dame Law School. Notre Dame Law Review. Vol. 75:5. Pág. 1598. http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship

FULLER L, Lon: *La moralità del diritto*, a cura di Alessandro dal Brollo. Ed. Giuffrè. Milano, 1986.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Ed. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 3ª, 1999, México.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, Ed. Porrúa, 36ª. México, 1984.
- GEIGER, Theodor: *Moral y Derecho, polémica con Uppsala*, Ed. Fontamara, 1992, México.
- GEORGE P., Robert: *Ley natural y naturaleza humana*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.
- GEORGE P. Robert: *Natural law theory. Contemporary Essays*. Oxford University Press, 1992. Traducido por Diego Rufet, y publicado en el Boletín mexicano de derecho comparado. Mayo-agosto 2004. Pág. 597-610. Nueva Serie. Año XXXVII. Número 110.
<file:///C:/Users/Ru/Documents/ROBERTpGEORGESfinnis.pdf>
- GUASTINI, Ricardo: *Ley*. Artículo traducido por María Bono López e incorporado a *Elementos de técnica legislativa*, Coordinado por Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2000.
- GUEST, Stephen et Al: *Jurisprudence and legal theory*. University of London External Programme, 2004. Pág. 69. http://sjmse-library.sch.ng/E-Books%20Phil/juris_chs1to4.pdf (16-septiembre-2015).
- GÜNTHÖR, Anselm: *Chiamata e risposta*, Ed. Paoline, Roma 1979, Vol. III.
- HART, H.L.A: *El Concepto del Derecho*, Ed. Abeledo Perrot, 2ª, Buenos Aires, 1963.
- HERVADA, Javier: *Introducción crítica al Derecho Natural*, Ed. Minos, 3ª, México, 1996.
- HERVADA, Javier: *Historia de la ciencia del derecho natural*; Ed. Eunsa 3ª, 1996, Pamplona.
- HERVADA, Javier: *Derecho Natural, Democracia y Cultura*, Conferencia pronunciada en el Colegio Mayor Montalbán de Madrid, el 2 de noviembre de 1978. Publicada en *Escritos de Derecho Natural*, Ed. Eunsa, 1ª, Pamplona, 1986.
- ITURMENDI MORALES, José: *Acerca de la historia recordada*, en “Manuel Fraga. Homenaje Académico”, Fundación Cánovas del Castillo. Madrid, 1997.
- JUAN PABLO II, *Carta al Card. Roger Etchegaray*, 15 de junio del 2004. Cfr <http://www.zenit.org/>
- JUAN PABLO II, *Laboren Exercens*,

JUAN PABLO II, Centesimus annus.

KELSEN, Hans: *La Teoría Pura del Derecho*. Ed. Colofón, México, 1990.

KELSEN, Hans: *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Ed. Fontamara, 2ª, México, 1992.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?* Ed. Distribuciones Fontamara, Traducción Ernesto Garzón Valdés, 3ª. México, 1992.

KELSEN, Hans: *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*. Artículo publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, número. IV, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1961. También en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf (2 abril 2013)

KLUG, Ulrich: *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Ed. Fontamara, 2ª reimpresión, México 2002 (Traducción de Jorge M. Seña).

LAPORTA, Francisco: *Entre el Derecho y la moral*. Ed. Fontamara, México, 1992.

LEGARRE, Santiago: *El Concepto de Derecho en John Finnis*, en la Revista de la Universidad de Navarra (España) [www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1SNNT_enMX389&ion=1&espv=](http://www.google.com.mx/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1SNNT_enMX389&ion=1&espv=&ie=UTF-8#q=el%20concepto%20de%20derecho.) &ie=UTF-8#q=el%20concepto%20de%20derecho. (060715)

LEGARRE, Santiago: *John Finnis. La lucha por el verdadero derecho natural*. http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/john_finnis_la_lucha_x_el_verda_der_nat.pdf

LEGARRE, Santiago: *Apuntes para una Biografía intelectual de John Finnis*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/16.pdf>

LEGARRE, Santiago: *John Finnis. La lucha por el verdadero derecho natural*. http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/john_finnis_la_lucha_x_el_verda_der_nat.pdf

LEÓN XIII, Rerum Novarum,

LUCAS LUCAS, Ramón, *L'uomo spirito incarnato*, Ed. Paoline, Torino 1993.

MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*. Ed. Porrúa, México, 10ª, 1989.

MARITAIN, Jacques: *El hombre y el Estado*, Ediciones Encuentro, Madrid, 1ª reimpresión 1997.

MARTÍNEZ CAMPOS, Fernando: *La República*, Edimat Libros, S.A., Madrid.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, Ed. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 3ª.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: *Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/4.pdf> (12 julio 2015).
- MARX, Carlos: *El Capital, Crítica de la Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- MOYANO PREGAL, Cecilia: *Un Acercamiento a las ideas de John Finnis*, Pág. 2. <file:///C:/Users/Ru/Documents/aprox%20a%20las%20ideas%20de%20finnis.pdf> (21 septiembre 2015).
- NIRMAL, B.C.: *Natural Law, Human Rights and Justice. Some Reflections on Finnis's Natural Law Theory*. www.bhu.ac.in/lawfaculty/.../4_BC_NIRMAL_NATURAL%20LAW.doc (28 noviembre 2014).
- ORREGO S., Cristóbal: *De la Ontología del Derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho*. Revista Chilena de Derecho. Volumen 30, No. 2.
- ORREGO S. Cristóbal: *Estudio Preliminar a Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción al español, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- ORREGO S., Cristobal: *John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural*. Pág. 75. ACTA PHILOSOPHICA, vol. 10 (2001), fasc. 1-PAGG. 73-92. <http://www.actaphilosophica.it/> (310815).
- ORTEGA y GASSET, José: *La Revelación de las masas*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 4ª, 1981.
- PAPA FRANCISCO, Encíclica *Laudato Si*.
- PAYNE, Michael: *Finnis on viewpoint and focal meaning*; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/17.pdf>
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y CRUZ VELÁZQUEZ, Jseús Javier: *Introducción a la técnica legislativa en México*. Artículo traducido por María Bono López e incorporado a *Elementos de técnica legislativa*, Coordinado por Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave, Ed. Porrúa y UNAM, México, 2000.
- PLATÓN, *La República*, Libro Primero, XII. Ed. Edimat, Madrid; traducción de Francisco Márquez Cabrera. Pág. 42.

POOLE DERQUI, Diego: *Relación entre razón práctica, justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotélico tomista*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (Ministerio de Justicia, Madrid, 2007), Tomo XXIV.

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª, 1984.

RAMOS PASCUA, José Antonio: *Teoría positivista del Derecho y derechos naturales en H. L. A. HART*; Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 12. 2011 (331-364). http://dx.doi.org/10.5209/rev_ANDH.2011.v12.38108.file:///C:/Users/Ru/Downloads/hartSALAMANCA.pdf (14-Junio-2015).

RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1979, Traducción de María Dolores González.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María: *La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart*. ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO VII (1990) 479-502. [file:///C:/Users/Ru/ Downloads/Dialnet-LaFilosofiaLinguisticaYLaTeoriaDelDerechoAnalitico-142162.pdf](file:///C:/Users/Ru/Downloads/Dialnet-LaFilosofiaLinguisticaYLaTeoriaDelDerechoAnalitico-142162.pdf).

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín: *Anuario de Filosofía del Derecho X* (1993). Cfr. [file:///G:/TESISdoc/Dialnet-ElIusnaturalismoDeJohnFinnis-142246%20\(2\).pdf](file:///G:/TESISdoc/Dialnet-ElIusnaturalismoDeJohnFinnis-142246%20(2).pdf) (17 noviembre 2014).

SALDAÑA SERRANO, Javier: *Descripción vs valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/8.pdf> (16 julio 2015).

SAMPER, Francisco: *Instituciones Jurídicas de Gayo*, Ed. Jurídica de las Américas, México.

SANDEL J. Michael: *Justice, what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

SANTO TOMÁS DE AQUINO: Sm. Th. II-II.

SCHEIFLER AMÉZAGA, Xavier: *Historia del Pensamiento Económico*, Tomo I, Ed. Trillas, México, 2002, Sexta Reimpresión

SEAGRAVE S., *The Foundations of Naturaly Morality*; The University of Chicago Press, 2014.

SEN, Amartya Kumar: *Democracia y desarrollo. Derechos del Hombre y diferencias culturales*, en Anuario de Derechos Humanos (universidad Complutense, Madrid, 2000, Nueva Época, Vol. I (Traducción y notas de José Iturmendi Morales).

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel: *Neocorporativismo*, en “Revista de la

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense” (Madrid, 1989), no. 74.

SHEARMUR, Jeremy: *Natural Law without Metaphysics: The Case of John Finnis*; Cleveland State Law Review; Institute for Humane Studies at George Mason University <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=clevstlrev> (10 agosto 2015).

SUÑE LLINÁS, Emilio: *La Sociedad civil en la cultura postcontemporánea*; Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998.

TAMAYO VALENZUELA, José Alberto: *La Teoría del Derecho de L.H.A. Hart*; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Págs. 1-2. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/art/art14.pdf> (14 de junio del 2015).

TOMASINI BASSOLS, Alejandro: *¿Qué fue la filosofía analítica?*; Pág. 3. [tp://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/FilosofiaAnalitica.pdf](http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/FilosofiaAnalitica.pdf) (14-Junio-2015).

VÁZQUEZ, Rodolfo: *Una versión ‘débil’ de la relación entre derecho y moral. Hart y la polémica con Fuller, Devlin y Dworkin*. En *Moral y Derecho*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2011.

WACKS, Raymond: *Understanding Jurisprudence: An Introduction to legal theory*. Oxford University Press, 3a, 2012.

WALLIN E. Alex: *John Finnis’s Natural Law Theory and a Critique of the Incommensurable Nature of Basic Goods*, publicado Campbell Law Review. Vol. 35, Iss. 1 [2012], Art. 2; 10-1-2012. <http://scholarship.law.campbell.edu/clr> (21 julio 2015).

WELZEL, Hans: *Diritto naturale e giustizia materiale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1965, a cura di Giuseppe de Stefano.

ZWEIG Stefam: *Fouché, El Genio Tenebroso*, Ed. Porrúa, México, 1ª, 1935.